

محمد علي التوجيدي

---

# مِصْبَاةُ الْفُقَهَاءِ فِي الْمَعَانِي

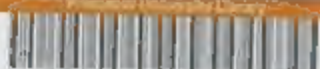
من تقرير بحث أستاذنا الأعظم آية ... العظمى

السيد بالقاسم الخوني

دام ظله العالی

## الجزء الثالث





32101 061871156

---

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

---

*This book is due on the latest date  
stamped below. Please return or renew  
by this date.*

---

--	--



# مِصْبَا الْفُقَهَاءِ فِي الْمَعَانِي

من تقرير بحث استاذنا الأعظم آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الخوئي

دام ظله العالی

الجزء الثالث

مطبعة الآداب - النجف الأشرف

١٣٨٢ هـ

(A. 100)

KBL

.T383

1980<sub>2</sub>

JUL 3

(RECAP)

الطبعة الاولى مطبعة الآداب النجف الاشرف  
الطبعة الثانية مطبعة سيد الشهداء - قم - المقدسة  
العدد ٢٠٠٠ نسخة  
ناشر الطبعة الثانية مهدي حاجيانى  
حق الطبع محفوظة للناس



## بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ،  
ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين .

وبعد فهذا هو المجلد الثالث من كتابنا مصباح الفقاهة في المعاملات الذي  
كتبته تقريراً لبحث سيدنا الأستاذ الزعيم الديني الاوحد ، ورائد النهضة العلمية  
الاكبر ، طود العلم اشامخ ، وعلمه الراسخ ، آية الله العظمى الحاج السيد  
أبو القاسم الخوئي متع الله المسلمين بطول بقائه .

وقد كان للاقبال العظيم الذي حظى به المجلد الأول ، والثاني من هذا  
الكتاب ، والتقدير الذي نوت به رواد العلم والفضيلة باعث قوى على مواصلة  
العمل ، وإجهد الفكر إلى أن وفقني الله تعالى لأراز هذا المجلد الثالث وتقديمه  
إلى الجامعة العلمية الكبرى . وأسأل الله سبحانه أن يوفقنا للنشر بقية مجلداته  
ويجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وموجباً لرضاه الموصول إلى جنات  
النعيم ، إنه سميع مجيب .

التجف الاشرف

محمد علي التوحيدى

التهريزى



## هل يعتبر اللفظ في العقود؟

قوله : ( مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع ) . أقول : حاصل كلام المصنف رضوان الله عليه : أن اعتبار اللفظ في البيع ، بل في جميع العقود من الأمور الواضحة - التي لا ريب فيها - وذلك للاجماع المنقول والشهرة العقلية ، مع الإشارة إليه في بعض النصوص (١) .

ولكن المقدار المتيقن من الاجماع المزبور إنما هو تمكن المتعاقدين من اللفظ ، وإذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفظ ، لحرس ونحوه لم يشمل الاجماع ، وإن كان قادراً على توكيل غيره .

وهذا التعميم ليس من ناحية أن الأصل هو عدم وجوب التوكيل - كما قيل - لأن الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل في المقام ، بل الدليل على التعميم إنما هو فحوى الروايات (٢) الدالة على عدم اعتبار اللفظ في طلاق

---

(١) المذكورة في الجزء الثاني ص ١٥٥ .

(٢) عن أبي نصر البزنطي قال : سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة ، ثم يصمت فلا يتكلم ، قال : يكون أخرس ؟ قلت : نعم فيعلم منه بغض لامراته وكراهته لها ، أيجوز أن يطلق عنه ولية ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت : لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ فقال : بالذي يعرف منه من فعله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها . حسنة إبراهيم بن هاشم .

وعن يونس في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق امراته ؟ قال : إذا فعل ذلك في قبل الظهر بشهود ، وفهم عنه كما يفهم عن مثله ، ويريد الطلاق . جاز طلاقه على السنة . مجهولة بإساعيل بن مزار . ثم الظاهر أن يونس لم يرو هذه الرواية عن الإمام (ع) بل ذكر رأي نفسه في جواب السائل . وعليه فلا تكون —

الأخرس ، لأن حملها على صورة العجز عن التوكيل حمل للمطلق على القرد النادر وإذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغير اللفظ جاز له إنشاء سائر العقود بغيره أيضاً ، وعليه فيحكم بلزوم العقد الصادر منه حتى المعاوضة ، ضرورة أن العمومات الدالة على لزوم العقد تدل على لزوم المعاوضة أيضاً ، لكونها عقداً بالمثل الشايع .

ولكن قام الإجماع على جوازها ما لم تتحقق إحدى الملزمات - التي ذكرناها في مبحث المعاوضة - ومن الواضح أن المتيقن من الإجماع المزبور هو أن يكون المتعاطيان قادرين على اللفظ . أما مع العجز عن ذلك فلا علم لنا بوجود الإجماع على جواز المعاملة المعاوضية .

ثم إن الظاهر هو كفاية الكتابة أيضاً مع العجز عن الإشارة ، لمحموى ما ورد من النص - الذي ذكرناه في الحاشية - على جوازها في الطلاق وإذا ثبت ذلك في الطلاق ثبت في غيره بالأولوية القطعية .

أما مع القدرة على الإشارة فهل هي تتقدم على الكتابة أم يجوز العكس؟ ذهب بعضهم إلى ترجيح الإشارة على الكتابة ، لصراحة الإشارة في الانشاء . ولكن في بعض الروايات - التي ذكرناها في الحاشية - ما يدل على - الرواية حجة من هذه الناحية أيضاً .

وعن الكوفي عن الصادق ( ع ) قال : طلاق الأخرس ان يأخذ مقنتها فيضعها على رأسها ويترنماً ضعيفاً بالتوفلي .

وعن إبان بن عثمان قال : سألت أبا عبد الله ( ع ) عن طلاق الحر ساء ؟ قال : يلف قناعها على رأسها ويجذبه . مجهولة بصالح بن الشدي . قوله : ( ع ) يجذبه : يعني يجذب قناع المرأة لكي يطردها عن نفسه .

فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ باب الطلاق ص ١٢٨ .

المكس . انتهى مدخصر كلام المصنف ( ره ) .

تحقيق المقام يقع في نواحي شتى .

الناحية الاولى : أن الأصل الاولى في العقود والايقاعات هل يقتضى الصحة أم يقتضى الفساد ؟ ذهب جمع إلى الأول ، وذهب جمع آخر إلى الثاني وهو الحق ، كما عليه المصنف ( ره ) .

ولوجه في ذلك : أن نتائج العقود والايقاعات - من الملكية والزوجية والعناق والمراق - أمور حادثه ، ومبوبة بالعدم ، كما أن نفس العقود والايقاعات كذبك ، فإذا شككنا في تحققها في الخارج من ناحية بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه وحيفت فيحكم بفسادها .

وقد ناقش في ذلك لمحقق الايرواني بأنه لا مانع من جريان أصالة البراءة من الشروط التي يشك في اعتبارها في تأثير العقود والايقاعات . وقال ( لا مانع من هذه الأصالة سواء على جريان البراءة في الأحكام الوضعية ، كما يظهر من استدلال الامام ( ع ) بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعناقه ، فينبى أصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصية شك فيها : بمعنى عدم دخلها في تأثير السب وعدم كونها من أجراء السب ولا يبق معها مجال الرجوع الى استصحاب عدم تحقق النقل والانتقال ، لأن هذا في مرتبة السب وذاك في مرتبة المسب ، والاستصحاب إنما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونان في مرتبة واحدة ) .

وتدفع هذه المناقشة : بأن حديث الرفع وإن كان يشمل الأحكام الوضعية - كشموله للأحكام التكليفية - إلا أنه لا يعم خصوص الجزئية والشرطية والمأنية ، ضرورة أن هذه الأمور الثلاثة أمور غير قابلة للوضع ، فلا تكون قابلة للرفع أيضاً إلا برفع منشأ امزاعها . وعليه فإذا شك في شرطية

شيء أو جزئيته أو مانعته لم يجرز الرجوع فيها إلى البراءة .  
وبيان ذلك اجمالاً : أما ذكرنا في بحث الاستصحاب من علم الأصول  
أن الأحكام الوضعية على ثلاثة أقسام :

١ - أن يكون مجعولاً بنفسه ، كالملكية والزوجية والرقية وبحووف ،  
فإنها أمور متصلة : أي مجعولة بنفسها ، وغير منزعة من التكاليف الشرعية  
بديهة أن اقتراعها من الأحكام التكليفية وإن كان ممكناً في مقام الثبوت ولكن  
لا دليل عليه في مقام الانساق ، إذ السبب بين الملكية - مثلاً - وبين جوار  
التصرف ، أو عدم جوارزه ، هي العموم من وجه ، لأنه قد توجد الملكية  
ولا يترتب عليها جوار التصرف في المملوك ، كالأشخاص المحجورين عن  
التصرف في أموالهم لنفسه أو لغيره أو لغيره . وقد يتحقق جوار التصرف  
ولا توجد الملكية ، كالمباحات الأصلية فإنها غير مملوكة لأحد ، ويجوز  
التصرف فيها لكل شخص . وكأولياء السعفاء والمجابين والصغار ، فإنه يجوز  
لهم التصرف في أموال هؤلاء المحجورين ، وليسوا بملاك وقد يجتمعان ،  
وهو كثير ، وأذن فلا يعقل وجهاً صحيحاً لنزاع الملكية من الحكم التكليفي دائماً  
أضعف إلى ذلك : أن المستعاد من الأدلة أن الأحكام النكاحية تترتب  
على الملكية والزوجية والرقية وأمثالها تترتب الحكم على موضوعه . ومن  
الواضح جداً أن مرتبة الموضوع متقدمة على مرتبة الحكم ، فيستحيل انتزاع  
الأمر المتقدم من الأمر المتأخر .

ومثال ذلك : أن جواز تصرف الإنسان في ماله مستعاد من قوله (ص)  
إن الناس مسطرون على أموالهم ( ١ ) وحرمة تصرفه في مال غيره بدون إذنه

مستفادة من الروايات المستبضة الدالة على ذلك (٢) ومن الضروري أن جوار  
التصرف أو حرمة مترتب على المال المملوك . ولا بد من فرض وجوده قبل  
الحكم عليه بجوار التصرف وعدمه ، بحيث يكون هذا الحكم من آثار المال  
المملوك ، ويدهى أنه لا يمكن الالتزام بانزاع الملكية من آثار نفسها وهذا  
واضح لا ريب فيه .

٢ - أن يكون الحكم لوضعي راجعاً إلى الحكم نفسه ، كالشرطية والسببية  
والممانعة للوجوب - مثلاً - من الحكم الشرعي إذا لوحظ مالاضافة إلى شيء فاما  
أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوجوده ، أو بعدمه .  
لا كلام لنا في فرض الاطلاق .

أما على فرض التقييد فإن كان الحكم الشرعي مقيداً بتقيد وجودي فيكون  
التقيد معتبراً في موضوعه . وعندئذ تنزع منه الشرطية قارة ، والسببية الأخرى  
لأن مرجعها إلى شيء واحد ، وإنما الفرق بينهما اصطلاح محض .

وإن كان الحكم شرعي مقيداً بتقيد عدسي - كتقيد وجوب الصلاة بعدم الحيض -  
فتنزع منه الممانعة ، وإذن فالشرطية والسببية والممانعة كلها مترعة من جمع  
الحكم ولحاظه مقيداً بتقيد وجودي أو عدسي .

٣ - أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف كالشرطية والجزئية  
والممانعة للأمور به ، فابا منزعة من كيفية الأمر .  
وذلك لأنه إذا تعلق الأمر بالمركب من الأشياء العديدة انزعجت منه  
الجزئية .

وإذا تعلق شيء مقيداً بوجود شيء آخر - كالأمر بالصلاة مقيدة  
باستقبال القبلة والستر - انزعجت منه الشرطية .

وإذا تعلق بشيء مقيداً بعدم شيء آخر - كتقيد الصلاة بعدم استحباب المصلّي أجزاء ما لا يؤكل لحمه في الصلاة - أقرعت منه المانعة . وإذن فالجزئية والشرطية والمانعة لتأمر به منزعة من كيفية الأمر .

وإذا عرفت ما تلوناه عليك اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية والسببية والمانعية والجزئية ، لعدم كونها بمجمولة مالدات ، بل هي بمجمولة بتنع منشأ انتزاعها ، وعليه فهي غير قابلة للوضع نفسها . فلا تكون قابلة للرفع أيضاً . سواء أ قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية ، أم لم نقل بذلك نعم ترتفع هذه الأمور بأجراء البراءة في مناشئ انتزاعها ، ضرورة أنها كما تثبت تبعاً لثبوت ما شئنا ، كذلك ترتفع بارتضاع ما شئنا . وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

أما استدلال الامام ( ع ) - في بعض الروايات (١) - بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه ، فهو بعيد عما نحن فيه . بداهة أن صحة العقود والايقاعات بنفسها قابلة للوضع . فتكون قابلة للرفع أيضاً بحديث الرفع ، ومن ها يحكم بفسادها إذا صدرت كرهاً . وإذن فلا وجه لقياس الصحة والفساد بالجزئية والشرطية والمانعية .

وعلى المحلة إذا كانت الجزئية أو الشرطية أو السببية من الأمور الانتزاعية فهي غير قابلة للجعل إلا بجعل مناشئ انتزاعها ، وعليه فإذا شك في شرطية

(١) عن البرهطي عن أبي الحسن ( ع ) قال : سألت عن الرجل يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق والعتاق ، وصدقه ما يملك أيلمه ذلك ؟ فقال : لا قال رسول الله ( ص ) : وسع عن امتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا ، وما أخطأوا . صحيحة .

البحار ج ٢٣ باب الطلاق ص ١٢٨ . والوسائل باب ١٢ من أبواب الإيمان .

شيء للأمور به كان ذلك بعينه شكاً في تعلق الأمر بالمقيد به ، فيدفع بأصالة البراءة . وأما الأقل : - أعني به الطبيعي الجامع بين المطلق والمقيد فهو أمور به قطعاً .

أما إذا شك في شرطية شيء لصحة عقد أو إيقاع انعكس الأمر ، لأن ترتب الأثر - كالملكية ، أو راءة الدمة - على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم وترتبه على الفاقد مجهول . فيدفع بالأصل ، وهذا هو الفارق بين الشك في شرطية شيء للأمور به ، وبين الشك في شرطية للعقد أو الإيقاع

### هل يجوز التمسك بالعمومات عند الشك في العقود

الناحية الثانية : أنه لا شبهة في أن مقنن العمومات والمطبيقات هو صحة العقود والإيقاعات . ولكن إذا شك في اعتبار قيد في تلك المعاملات - كاللفظ مثلاً - فهل يصح التمسك بالعمومات المذكورة لنفي ذلك القيد أم لا الظاهر هو الأول : بديهية أن القاعدة الأولية تقتضي صحة الانشاء بكل ما هو قابل لإبراز الاعتبار النعساني ، سواء فيه الفعل واللفظ ، ولكن المغروس في كلمات الأصحاب ، والمودع في كتبهم هو قيام الاجماع على اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات . وقد ذكرنا مراراً : أن الاجماع دليل لبي ملائمة وأن يؤخذ منه بالمقدار المتيقن . ومن البديهي أن القدر المسلم من الاجماع - على تقدير تحققه - إنما هو فرض تمكن المتعاقدين من الانشاء اللفظي ومع عدم التمكن من ذلك يرجع إلى القاعدة الأولية ، وبحكم بعدم اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات . الامع قيام الدليل الحاص على الاعتبار المزبور ، كقيامه على اعتبار مطلق اللفظ في عقد الزواج ، وعلى اعتبار لفظ خاص في انشاء الملاق .

وعلى هذا الضوء ، إذا شككنا في صحة عقد الأحرس المنشأ بالإشارة مع تمكنه من التوكيل ، أو شككنا في صحة عقده المنشأ بالكتابة مع تمكنه من الإشارة - بناء على تقديمها على الكتابة - رجعنا إلى العمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ونفوذها .

وقد ظهر لك مما ذكرناه : أن مقتضى القاعدة هو الحكم بلزوم معاطاة الأخرس - من حين العقد - حتى على القول بأنها تعيد الإباحة مع التمكن من اللفظ ، وأنها لا تفيد الملكية . وذلك لعدم العلم بشمول الإجماع - الذي توهم قيامه على جواز المعاطاة ، أو إعادتها الإباحة - لصورة عدم التمكن من اللفظ وهذا هو السر في تعرض المصنف لمسألة المعاطاة هنا في طي كلامه ، مع أنه قضى أمرها قريباً . وهذا صه في المقام : ( ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإعادتها للملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ ) . وادن فلا محتاج في إثبات صحة عقد الأحرس إلى التمسك بفحوى الروايات الواردة في طلاقه - ذكرناها قريباً في الحاشية - ولا إلى التمسك بفحوى الرواية الواردة في قراءته (١) نعم تلك الروايات مؤكدة للقاعدة الأولى .

وعلى الإجمال : أن مقتضى القاعدة الأولى ، ولحوى الروايات الخاصة الواردة في طلاق الأخرس وقراءته ، هو كفاية إشارته في مقام الإنشاء ، ما لم يدل دليل خاص على خلاف ذلك . من غير فارق بين أقسام الإشارة وكيفياتها ولا بين ما يكون معتاداً للأحرسين ، أو للأشخاص

---

(١) عن السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال : نسيه الأحرس وتشهده ، وقراءته القرآن في الصلاة تحريك لسانه وإشارته بأمسه . صيغة بالنودي  
الوسائل باب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة .



الآخرين ، وبين ما لم يكن كذلك .

بل الصاطعة الكلية في ذلك : أن تكون الإشارة مفهومة للراد بالنسبة إلى نوع المخاطبين والحاضرين ولو كان الانفعال مؤثثة القرآن كما هو الشأن في الإنشاء اللطفي . بداهة أن الأفعال والأقوال سيان في حجية ظواهرها من ناحية بناء العقلاء . ومن هنا اتضح لك جيباً : أن إنشاء الآخرس بالإشارة محكوم بالصحة ، وإن لم يفد القطع بالمراد .

## إشارة الآخرس وحكمها

قد ذكرنا في الجزء الثاني ، أن البيع عاره عن الاعتبار النصفاني المبرر بمبرز خارجي . وعليه فإرار الاعتبار النصفاني بالإشارة المفهومة للراد مصداق لمفهوم البيع بالخبر الشايع ، فيكون مشمولاً للعمومات ، وعدنق لا يلزم على الآخرس أن يستحصر الصيغة اللعظية في ذهنه ، لكي تكون إشارته إليها أولاً ، وإلى مدلولها ثانياً حتى يكون إراز ما في النفس تنك الصيغة الحاصرة في الدهن . كما لا يلزم عليه أن يحرك لسانه على النهج الذي يحركه عند التكلم بالصيغة . نعم يعتبر أحد الأمرين في الفراء الصلانية ، إذ المطلوب هناك قراءة نفس الألفاظ ، لا إراز مداليلها .

وأيضاً قد ذكرنا في الجزء الثاني - عند البحث عن أصالة اللزوم في العقود - : أن العقد اما بمعنى العهد المطلق كما في نص الروايات (١) أو بمعنى العهد المشدد ، وعلى كل تقدير فالمعاملة المعاطاتية من مصاديق العقود وعليه

(١) عن علي بن إبراهيم في تفسيره قال : حدثني أبي عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قوله : اوفوا بالعقود ، قال : بالعهود . حسنة بإبراهيم بن هاشم .

فلا وجه لما ارتكبه بعض مشائخ المحققين من بيان مقدمة لاستيضاح كفاية الإشارة من الأحرس ، والبك نصه : ( أن الآخر من كغيره له عهد مؤكد وعهد غير مؤكد ، فالتماعلى منه في الخارج فقط كالتماعلى من غيره عهد غير مؤكد فله حكمه ، فالإشارة المفهمة الرافعة للاشتباه منه عهده للمؤكد كاللفظ الرافع للاشتباه الذى يتطرق الى الفعل نوعاً عهد مؤكد من القادر ) .

ثم اذا قلنا بجواز مباشرة الآخر من العقود والايقاعات ، ولم يدلنا دليل على اعتبار اللفظ في ذلك لمكى بحكم وجوب التوكيل عليه ، فهل له أن يتصدى لذلك غيراً في ابرار ما في نفسه - من الاعتبار - بين الإشارة ، وبين الكتابة أم يجب عليه تقديم الأول على الثانى .

ذكر بعضهم : أن الإشارة تتقدم على غيرها . لكونها أصرح ، وذهب آخر إلى أن الكتابة تتقدم على غيرها . لكونها أبط . ولكرأشياء هذه الوجوه أمور استحسانية فلا يمكن الاعتماد عليها في استنباط الحكم الشرعى اذ لو سلمنا أصرية الإشارة أو أبطية الكتابة ، الا أنه لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر .

ويضاف إلى ذلك : أنه لو كانت أبطية الكتابة موجهة لتقديمها على الإشارة لكانت موجهة لتقديمها على اللفظ أيضاً . ولم يلزم الفقهاء بذلك وإذن فقتضى القاعدة هو الاكتفاء في الاشياء بكل ما يصلح لابرار ما في النفس من الاعتبار ، واظهاره بمرز حارجى - وإن كان بعض المبرزات أصرح من بعضها الآخر أو أبط - إلا اذا ورد دليل خاص على تقديم بعضها على بعض كما يظهر ذلك من بعض الروايات ( ١ ) الواردة في طلاق الأحرس ، فإن الظاهر من ذلك أن الكتابة تتقدم على الإشارة .

(١) كحسنة البرنطى المتقدمة في ص ٥ .

## بحث في مادة الصيغة وهيئتها وترتيبها

الناحية الثالثة : في مادة الصيغة وهيئتها وترتيبها - التي ينشأ بها العقد - وتحقيق هذه الناحية يقع في صمن جهات :

الجهة الأولى في مادة الصيغة . وقد اختلفت فيها كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم ، ونشئت فيها أفرالهم ، وهي كما يل :

١ - الاقتصار في مادة الصيغة على المقدار المتيقن ، فلا يجوز انشاء العقود والايقاعات بغيره من الصيغ المشكوكه .

٢ - الاقتصار فيها على الالفاظ المنقولة عن الشارع المقدس والظاهر رجوع هذا الوجه إلى الوجه الأول ، فان هذا هو المقدار المتيقن بما ينشأ به العقد أو الايقاع .

٣ - الاقتصار فيها على الالفاظ التي تنون بها عناوين العقود والايقاعات وأسماء المعاملات . وعليه فيجب إنشاء البيع بصيغة بيع ، وإنشاء النكاح بصيغة أنكحت وإنشاء الاجارة بلفظة آجرت . وإنشاء المصالحة بكلمة صالحت وإنشاء الطلاق بجملة هي طالق ، وهكذا في سائر العقود والايقاعات ، وإذن فلا ينعقد أى عقد أو ايقاع بغير ما عنون به هذا العقد .

٤ - الاقتصار فيها على الالفاظ الحقيقية ، وعليه فلا ينعقد شيء من العقود والايقاعات شيء من الالفاظ الكسائية والمجارية .

٥ - أن يفرق في الالفاظ المجارية بينها يكون مقروناً بالقرائن اللفظية فيحكم بجواز انشاء العقد به ، وبين ما لا يكون كذلك ، فيحكم بعدم جواز الانشاء به .

٦ - جواز الاكتفاء بكل لفظ يكون صريحاً في انشاء العقد ، أو ظاهراً

فيه ولو كان ذلك بمؤودة القرائن الحالية أو المقالية .

ثم انه ذكر المصنف : أن المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو عدم وقوع العقد بالألفاظ المكتانية . ولكنه لم يأت بشيء يطمس به القلب وتركه اليه النفس . نعم نقل في ذلك جملة من كلمات الأصحاب .

ولكن هذه الكلمات مبنية على اجتهاداتهم وآرائهم . ومن الذين الذين لا ريب فيه أن رأى فقيه لا يكون حجة على فقيه آخر . وعدن لا بد من ملاحظة دليل المسألة ، فإن كان هناك ما يدل على اعتبار اللفظ خاص في الانشاء أخذ به . وإلا فقتضى القاعدة هو انعقاد جميع العقود والايقاعات بكل ما يصلح للانشاء ، وإبرار الاعتبار الفساق ، سواء فيه القمل والقول ، وسواء في القول الحقيقة والجار ، والصريح وغيره . وسواء في الجار كون القرينة لفظية وغير لفظية .

والوجه في ذلك كله : أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص ومبرز معين في انشاء العقود والايقاعات الا الاجماع على اعتبار اللفظ في صحة العقود أو لزومها ، والقدر المتيقن منه . على تقدير قبوله . انما هو مطلق اللفظ . أما اللفظ الخاص فلا اجماع على اعتباره جزئياً .

ويضاف الى ذلك : أن الاجماع المقول ليس بحجة ، لعدم كونه مشمولاً لدالة حجية الخبر . أما الاجماع المحصل فهو غير حاصل جزئياً ، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين الجميع . وقد تقدم تفسير ذلك عند البحث عن المعاطاة . وحينئذ فلا بأس بانشاء العقود والايقاعات بأى مبرز من المبرزات لأنها مشمولة للعمومات والمطلقات الدالة على صحة البيع وغيره من العقود الملزمة ولو كان انشاء الملكية بلفظ بجارى . وهذا واضح لا ريب فيه .

وتوضيح المقام : أن اللفظ الذى يشأ به العقد قد يكون صريحاً في

مدلوله ، وموافقاً لما قصدته المنشئ - من دون أن يتطرق إليه احتمال آخر وهذا مما لا شبهة في صحة الانشاء به .

وقد يكون ظاهراً في مدلوله بحسب الاطلاق مع احتمال أن يراد منه معنى آخر . وهذا كانشاء الزوجية بلفظ يحتمل الدوام والانقطاع فانه لا فارق بينهما إلا مذكر الأجل وعدمه ، فإذا أهمله العائد - في مقام الانشاء - اقتضى إطلاقه ارادة الزوجية الدائمة .

وقد يكون ذلك من الألفاظ الكنائية أو المجازية ؛ والمراد من الكناية هو استعمال اللفظ في الملزوم للانتقال منه الى لازمه بحيث يبراد منه الملزوم بالارادة الاستعمالية ، كما أنه يراد منه اللازم بالارادة الجدية . أن المراد من الكناية هو استعمال اللفظ في اللارم للانتقال منه الى ملزومه ، وعليه يبراد منه اللازم بالارادة الاستعمالية ، كما أنه يراد منه الملزوم بالارادة الجدية - وعلى كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ في معناه الحقيقي - أعني به الملزوم أو اللازم - ولكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى آخر .

وعلى هذا الضوء فنرى كثير الرماد أو طويل الجراد أو مهزول الفصيل إنما استعمل في معناه الحقيقي ولكن قصد منه المتكلم سخاء زيد ، أو شجاعته من غير أن يكون استعمال اللفظ فيه مجازاً وهذا واضح كما حقق في محله وإذا عرفت معنى الكناية والمجاز فاعلم : أنه إن كانت الألفاظ الكنائية أو المجازية ظاهرة في إعادة المطلوب ظهوراً عرفياً فلا شبهة في صحة الانشاء بهما مطلقاً . أي سواء أكان اللارم والملزوم - في الكناية - متساويين أم لا وسواء أكان المجاز قريباً أم لا . وإن لم يكن لتلك الألفاظ ظهور عرفي في إعادة المقصود ، وإبرار الاعتبار الفسافي ، ولم ينطبق عليها شيء من عاوين المقود عرفاً فلا يصح بها الانشاء أصلاً .

ومن هنا تجل لك : أنه لا وجه للفرق بين المجاز القريب والمجاز البعيد بأن يلتزم بصحة الانشاء بالأول ، وبفساده بالثاني . كما أنه لا وجه لجميع ما أفاده المصنف من الالتزام بصحة الانشاء بالألفاظ المجارية إذا كانت محفوفة بالقرينة اللفظية . وعدم الصحة إذا كانت محفوفة بالقرينة غير اللفظية .

بل العجب منه ( ره ) فانه بعد ما قرر اعتبار الحقائق والعقود باعتبار الدلالة اللفظية الوصية . وإن كان الدال على الانشاء من الألفاظ المجارية . قال : ( وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالة على المطلب لمقارنة حال ، أو سبق مقال خارج عن المقعد ، فان الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين . وإن كان من المجازات القرينة جداً . رجوع عما بنى عليه من عدم العبارة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد ، ولذا لم يجوزوا المقعد بالمعاطاة ، ولو مع سبق مقال ، أو اقتران حال تدل على إرادة البيع جزماً )

ووجه العجب : أن احتقاف اللفظ بالقرينة غير اللفظية لا يخرج دلالة على معناه من الدلالة اللفظية ، بديهية أن الدلالة اللفظية عبارة عن انضمام المعنى من اللفظ ، سواء أكانت حيثية الدلالة مكتسبة من القرائن - لفظية كانت أو غيرها - أم كان اللفظ بنفسه دالاً على المقصود مائة على كلا التقديرين تنسب الدلالة إلى اللفظ ، فتكون الدلالة لفظية .

وليس في الالتزام بصحة ذلك أية مناهة لما بنى عليه من اعتبار اللفظ في صحة المقعد ، أو في لزومه . وكيف يقاس ذلك بما إذا كان الانشاء بغير اللفظ ، وكانت القرينة الدالة على إرادة البيع منه هي اللفظ .

نعم يمكن أن يكون مراد المصنف ( ره ) من العبارة المزورة : أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد تسالموا على مطلق الانشاء بلفظ لا يكون ظاهراً في المعنى الذي قصدوا المنشئ ، بل بعد استعماله فيه عند أهل العرف من

الأغلاط ولكن المنشئ. يفهم مراده بالقرائن الحالية أو الخفية فإن مثل هذا يخرج عن المتفاهم العرفي ، فلا يصدق على المنشئ بذلك عنوان العقد ، لمعنى يكون مشمولاً للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود وفوزها .

وذلك كانشاء الزوجية بمثل ملكتك ، وأجرت ، وانشاء التملك بمثل روجت ، وأعت ، وأشبه ذلك ، وهذا المعنى وإن كان صحيحاً في نفسه ، إلا أنه بعيد عن سياق عبارة المصنف .

ثم إن الأئمة من ذلك ، أنه (ره) قد منع من جوار الانشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفاظها بالقرائن الحالية ، كانشاء البيع بالملك المشترك بينه وبين الهبة ، مع أنه ليس محتمل ، ولا مجاز ، ولا كناية ، بديهية أن الظهور العرفي قد تم فيه من جميع الجهات .

وعلى الأجمال : إن الميراث الكلي في صحة إنشاء العقود والايقاعات إنما هو صدق عنوان العقد أو الايقاع على المعنى المبرر بأى مبرر ، وعليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بلفظ دون غيره ، فضلاً عن تخصيصه بلفظ خاص إذ لا دليل على اعتبار الصيغة في العقود والايقاعات على وجه الإطلاق .

نعم قد ادعى الإجماع ( ١ ) على اعتبار اللفظ في النكاح وأوجب هذا الإجماع افتراق النكاح عن غيره من العقود ، حيث يجوز إنشاؤها بكل من القول والفعل ، أما النكاح فلا يجوز إنشاؤه إلا باللفظ . كما أن جهة من

(١) عن الحدائق : اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على

الايجاب والقول المعتبرين

وقال نيساب في كتاب النكاح اجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار اصل الصيغة في عقد النكاح ، وإن النكاح لا يباح بالإباحة ، ولا بالمعاطة ، وبذلك يمتد النكاح عن الفاح ، لأن فيه التراخي أيضاً حالاً .

الروايات (١) قد دلت على اعتبار لفظ غلص في الطلاق .

## بحث في ألفاظ الإيجاب وفي الإنشاء بيعت

قوله : ( إذا عرفت هذا فلتذكر ألفاظ الإيجاب والقبول : منها لفظ بيعت في الإيجاب ) . أقول : لا شبهة في أن لفظ بيعت وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء ، وأنه مشترك لفظي بينهما - كما صرح به أهل اللغة كافة - إلا أن كثرة استعماله في البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق ، بلا احتياج في ذلك إلى القرائن الحالية أو المقالية ، وعندئذ لا بأس بإنشاء البيع بلفظ بيعت .

وذكر السيد في حاشيته ما هذا لفظه : ( يمكن أن يقال : إنه مشترك معنوي بين البيع والشراء . . . فيكون بمعنى التملك بالعوض أعم من التصريح كما في البيع ، أو الضمني كما في الشراء ) . ويتوجه عليه . ما ذكرناه آنفاً من أن لفظ بيعت من الأضداد ، وأنه مشترك لفظي ، وليس بمشترك معنوي .

أضف إليه : أن التملك الضمني خارج عن حدود البيع ، وقد عرفت في البحث عن تعريف البيع .

## هل يجوز إنشاء البيع بشريت

قوله : ( ومنها لفظ شريت ) . أقول لا ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ شريت ، لتصريح أهل اللغة ( ٢ ) بأنه موصوع للبيع تارة ، وللشراء أخرى ، فيكون من الأضداد . بل قيل : إن لفظ الشراء لم يستعمل في

(١) المروية في الوافي ج ١٢ باب ١٦١ . ص ١٥٥ :

(٢) في القاموس وغيره . شراء وبشرية : ملكة بالبيع وماعه كاشترأ وماسدان .



القرآن الكريم ، إلا في البيع ، وهو كذلك كما يظهر لمن راجع القرآن العظيم مراجعة تامة .

ثم إن المصنف مع اعترافه بما ذكرناه ناقش في جواز الإنشاء بلفظ شريت ، وقال : ( ربما يتشكل فيه نقطة استعماله عرفاً في البيع ، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة ، وعدم نقل الإيجاب به في الأحبار ، وكلام القدماء ولا يخلو عن وجه ) .

وتندفع هذه المناقشة بأننا لم نفهم معنى محصلاً لهذا الكلام بعد الاعتراف بأن لفظ شريت لم يستعمل في القرآن المجيد إلا في البيع ، لأننا لا ندلم وقوع الاستعمالات العرفية على خلاف الاستعمالات القرآنية .

ولو سلمنا ذلك ولكن لا ندلم تقديم الاستعمالات العرفية على الاستعمالات القرآنية . وهذا ظاهر لا حفاء فيه .

## هل يجوز إنشاء البيع بملكك

قوله : ( ومنها لفظ ملكك بالتشديد ) . أقول : لا ريب في صحة وقوع البيع بكلمة ملكك مشددة ، بل استظهر المصنف من نكت الإرشاد الاتفاق على ذلك ، بل الظاهر أن مفهوم التملك بالعروض يتحد مع مفهوم البيع ، وإنما الفرق بينهما بالبساطة والتركيب ، وبالأحمال والتفصيل ، حيث إن لفظ البيع ببساطته يدل على تبديل مال بمال ، ولفظة التملك بالعروض تدل مركبة على ذلك .

كما أن لفظ الإنسان يدل على الجنس والفصل دلالة إجمالية ، ولفظ الحيوان والناطق يدلان عليهما دلالة تفصيلية .

وعلى هذا الضوء نقول المنثى - بت هذا بهذا تصریح بمصدق العوض - الذى كان مكنونا فى لفظ بت - لا أنه قيد رائد مذكور فى الصيغة .

وقد يتوهم أن لفظ التمليك مشترك معنوى بين البيع والهبة ، ومن الواضح أنه لا يصح الانشاء بالألغاط المشتركة معنى

ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهية أن التمليك المطلق وإن كان جامعاً بينهما ، إلا أن تقييده بالعوض يقطع الاشتراك ، ويحصه بالبيع فقط ، لأن حقيقة الهبة متقومة بالتمليك المجانى ، وإنما يؤخذ فيها العوض بعنوان الاشتراط . ومن الضرورى أنه لم يدل دليل على طلال انشاء البيع بالألغاط المشتركة معنى ، مع قيام القرينة على التعيين

ومن هنا قيل : إن إيجاب البيع بكلمة ملكت بالعوض أصرح من إيجابه بكلمة بت . ضرورة أن البيع موضوع للقل بالعوض ، وحيشد فى مقام الانشاء بلفظ بت لابد من تجريده من العوض لئلا يكون ذكر العوض تكراراً ، أو يتكلف جملة تفصيلاً لما أحل فى مفهوم البيع .

وعلى هذا فلا وجه لما ذكره بعض مشائخ المحققين ، وحاصل كلامه : أن التمليك له حصص كثيرة :

١ - تمليك عين بعوض . ويسمى هذا بيعاً .

٢ - تمليك منفعة بعوض . ويسمى هذا اجارة .

٣ - التمليك المجانى . ويسمى هذا هبة .

ومن البين أن لفظ البيع إنما وضع لحصة من طبعى التمليك الذى يتحصص بتعلقه بالعين بمقابلة شئ . لا أنه موضوع لمجموع التمليك بالعوض بحيث يكون قيد العوض مأخوذاً فى مفهوم البيع انتهى ملخص كلامه . ثم قال المصنف صا : ( قد عرفت سابقاً أن تعريف البيع بذلك

تعريف بمفهومه الحقيقي ، فلو أراد منه الهبة المعوضة ، أو قصد المصالحة بين صحبة العقود به على صحة عقد بلفظ عبء مع الهبة ، ويشهد لما ذكرنا قول نجر الدين ، في شرح الإرشاد - . ان معنى بعث في لغة العرب ملكة غيري ) وناقش فيه السيد ، واليك نصه ( لا فرق بين الهبة المجانية والمعوضة في كونهما من التملك حقيقة ، وإنما الفرق ذكر العوض وعدمه ، فدعوى أن استعماله في حصوص الهبة المعوضة مبني على صحة عقد بلفظ غيره ، كما ترى . نعم في المصالحة يمكن أن يقال بالاسماء المذكور ، لعدم دلالة لفظ ملكة على معنى المسألة المتبعة في حقيقة الصلح فتدبر ) .

ولكن الظاهر : أن السيد لم يصل إلى غرض المصنف من الظاهر أن مراده من كلامه المتقدم - . أن مفهوم التملك بالعوض يساوق مفهوم البيع وعليه فإذا أنشئت به الهبة - التي هي متقومة بالتمليك المجاني - توقفت صحتها على جواز إنشاء العقود بعير ألفاظ عاوينها . وكذلك الكلام في إنشاء البيع بصيغة وهبت والذي يدل على أن مراد المصنف هو ما ذكرناه : ما ذكره قبل عبارته المتقدمة ، وهذا نصه : ( وما قيل من أن التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها . فيه : أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض ، لا من مادة التملك ، فهي مشتركة معنى ، من ما يتضمن المقابلة ، وبين المجردين ، فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع ، وإن تحرد عن ذكر العوض اقتضى تجريد المصلحة المجانية ) . ثم ساق العبارة المتقدمة .

وعلى هذا فتشأن إنشاء الهبة بصيغة ملكة بالعوض شأن إنشاء العقود المعاوضة بل غيرها بصيغة سالت ، أو صالحت ، وبالعكس ، لأن مفهوم الصلح وإن كان يتفق مع العقود المعاوضة وغيرها ، إلا أن صدق مفهوم الصلح عليها

من قبيل صدق الكلى على مصاديقه .

ومن المعلوم أنه لا يمكن انشاء مفهوم الصلح : - أعنى به التسالم على أمر - إلا بلفظ سالت ، أو صالحت ، لا بلفظ البيع ، ولا التملك . ولا الشراء ، ولا شبهها ، بديهية أن المنشأ بهذه الألفاظ ليس عنوان المصالحة والمسالمة .

نعم توجد حقيقة المسالمة ومصاديقها عند تحقق أى عقد من العقود ، كما أن عناوين سائر العقود لا تنشأ إلا بألفاظها ، لا بألفاظ أخرى ، إلا على القول بجوار انشاء العقود بنير ألفاظ عناوينها .

## هل يجوز انشاء البيع باشتريت

قوله : ( وأما الإيجاب باشتريت ) . أقول : فى مفتاح الكرامة ( أنه قد يقال : انه يصح الإيجاب باشتريت كما هو موجود فى بعض نسخ التذكرة ) .

وقد استظهره المصنف من عبارة كل من عطف على بيعت ومالك لفظ شبههما ، أو لفظ ما يقوم مقامهما ، بدعوى أن المعطوف يتم شريعت واشتريت كليهما ، بديهية أن إرادة خصوص شريعت من المعطوف المراد به بعد جداً ، كما أن إرادة ما يقوم مقامهما فى سائر اللغات للعاجز عن العربية أبعد . قوله : ( لكن الاشكال المتقدم فى شريعت أولى بالجريان هنا ، لأن شريعت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع ، بل لم يستعمل فيه إلا فيه ، بخلاف اشتريت ) .

أقول : قد نوقش فى هذا الكلام بأن كثيراً من المفسرين قد صرحوا

باستعمال لفظ الاشتراء في البيع في قوله ( تعالى ) : نسما اشتروا به أنفسهم أن يكفروا بما أول الله (١) .

بدعوى : أن البيع والشراء إرادة الملك إلى غيره بموضع يتناضه منه ، ثم استعمل ذلك في كل متناض من عمله عروضا . سواء أكان ذلك العوض خيرا ، أم كان شرا .

وعليه فاليهود لما أربقوا أنفسهم وأهلكوها بكفرهم بمحمد (ص) جعل الله تعالى عليهم الفهم والتوبيخ ، وقال : نسما اشتروا به أنفسهم : أى نس شيئا باعوا به أنفسهم ، وروصوا به عوضا عن أنفسهم ، حيث أقرها في المهلكة الأبدية ، والعداب الدائم .

وتندفع هذه المناقشة : بأن الأزرار والتوبيخ - في الآية الكريمة - ليس على كل واحد من اليهود ، مع قطع النظر عن غيره ، لى يتوهم : أنه لا معنى لسبة الاشتراء اليهم إلا مارادة البيع ، وأن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر والزندقة والالحاد

بل الأزرار والتوبيخ راجع إلى جميعهم لمعاظ معاملة بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم شمن بخس ، فصار كل واحد منهم بائنا من جهة ، ومشتريا من جهة أخرى . وحين ذاك فلا دلالة في الآية الكريمة على إرادة البيع من الاشتراء بل يمكن أن يراد من لفظ الاشتراء فيها معناه المتعارف . وتوضيح ذلك إجمالا : أن عوام اليهود قد عرفوا علماءهم بالكذب الصريح ، وأكل الحرام ، وتعبير الأحكام وتخريفها عن وجهها بأرائهم المرجفة ، وأهوائهم الفاسدة ، وأفكارهم المضلة .

وعرفوهم بالأقوال الكاذبة ، والأعمال النجيسة ، والبضاعة الزهيدة

وعرفهم بالنصب الشديد ، والتعالي والنكالب على حطام الدنيا  
وزخرفها ، وبالحرأة على تلك حرمان الله وعرفهم بغير ذلك من  
الصفات الخيثة ، والاخلاق الرذيلة .

ومع ذلك فرضوا اليهم دينهم ، وأحدوا منهم أحكامهم وبدروا الحق  
وراء ظهورهم . وليس عملهم هذا إلا أن هؤلاء العوام من اليهود قد باعوا  
أنفسهم من علمائهم بما ينالونه منهم من التحاب والتوادد ، والتمنى  
معهم حسب ميولهم وأهوائهم ، والرغبة اليهم وإلى شياطينهم .

أما علماؤهم فقد تبخلى لهم الحق ، وانضحت لهم بنوة محمد ( ص ) ،  
ومع ذلك باعوا أنفسهم من عوامهم بما ينالونه منهم من التعظيم والاکرام ،  
وحفظ كياناتهم وزعامتهم ، ورؤاستهم . فعادوا الحق ، وجحدوه .

وإذن فأصبح اليهود قد أقاموا السوق السوداء ، وأفقروا عليها من  
دينهم وأبغضهم وأموالهم . حتى احتشدت فيها البصائع الزائفة ، ووضعت  
فيها الأراجيف التي شوهت وجه التاريخ ، في هذه السوق السوداء قد اشترى  
عوامهم أنفسهم علمائهم شمن بحس . واشترى علماؤهم أنفسهم عوامهم بعوض  
رهيد . وإذن فلفظ ( اشترى ) لم يستعمل - في الآية الكريمة - إلا في معنى  
الابتیاع فقط .

وذكر شيخنا الاستاذ : أن الاشتراء من الافتعال ، ومن الواضح  
أن باب الافتعال إنما هو للقبول والمطارعة ، وعليه فلا يناسب استعماله في  
الایجاب ، بل يختص استعماله بالقبول فقط . أما أخذه بمعنى شريت كأخذ  
اكتسبت بمعنى كسبت فهو على خلاف ما وضع له ، أو على خلاف الظاهر من  
محاورات أهل العرف ومحدثائهم

ويرد عليه : أن الاشتراء وإن كان من الافتعال ، وقد أخذ فيه

مفهوم المطاوعة . ولكن هذه المطاوعة ليست مطاوعة لفعل غيره بل المراد من ذلك إنما هو مطاوعة الذات للمبدء . سواء أكان المبدء صادراً من نفس الذات - كالاتجار والاكتساب والاحتطاب - أم كان صادراً من شخص آخر كالإتياع والانتهاز وأشياء ذلك .

وعلى هذا فلفظ اشتريت أن ذكر في الإيجاب فتتخذ الذات المبدء من نفسه ، ويدل على تملك البائع ماله لغيره بعمض معلوم . وإن ذكر في القبول فتتخذ الذات المبدء من غيره ، ويدل على تملك مال غيره بعمض معلوم فيصير بذلك مصداقاً للقبول الحقيقي .

وعليه فإيجاب البيع بلفظ اشتريت مناسب لمفهومه اللغوي لاستعماله فيه لغة (١) بلا احتياج إلى ابتناء ذلك على كونه من الأعداد ، كما نؤمن . ودعوى : أنه لا يجوز إنشاء الإيجاب به لعدم تعارفه بين التامر ودعوى جزافية ، لأن مجرد عدم تعارف الأشياء به لا يمنع من ذلك ، بعد صحة استعماله في البيع لغة .

ثم إنه إذا جاز الانشاء لفظ اشتريت فما هو المائز بين استعماله في الإيجاب وبين استعماله في القبول .

قال المصنف : أن ( دفع الاشكال و تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه إيجاباً إما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول ، وإما لمصلحة ذلك غير صحيح ، لأن الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه ) .

ويتوجه عليه ما ذكرناه سابقاً من صحة الانشاء بكل ما يصح أن

(١) في القاموس : كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه ، ومنه اشترى

الضلالة بالهدى .

ان يكون مبرراً لما في النفس من الاعتبار وان كانت مبرزته بما يقتزن به من القرائن الحالية أو المقالية .

نعم ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ الصريح في صحة الانشاء ولكن المتيقن منه - على تقدير تسليبه - إنما هو اعتبار الصراحة في اللفظ لأجل دلالة على تعيين عقد خاص ، ، تميزه عما عداه من العقود ، لا من حيث تميز ايجاب كل عقد عن قبله .

## ما هي ألفاظ القبول؟

قوله : ( وأما القبول الخ ) . أقول : لا شبهة في جواز القول بلفظ قبلت ورضيت وتملكت وملكت مخففاً واشتريت واشتريت ولا يصح الاشتراك اللغوي في بعض هذه الألفاظ مع قيام القرينة المقالية أو الحالية على تعيين المراد . وهذا واضح لاختصاصه . وأما أمضيت وأنفذت وأجزت فذكر للمصنف فيها وجهين ولم يرجح أحدهما .

وذكر شيخنا المحقق : أن جواز القبول بهذه الألفاظ مبني على جواز العقد بالكسايات مدعوى : ( أن عنوان الامضاء والاجازة والافتاد لا يتعلق إلا بما له مضي وجوار ونفوذ . وما يترقب منه ذلك هو السبب التام ، وهو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير في المسكية بالإيجاب والقبول معاً ، فلا معنى للنسب بقوله أمضيت وأجزت وأنفذت إلا في مثل العقد الفضولي ، لا بالاضافة إلى الإيجاب فقط إلا بنحو الكساية ) .

ويرد عليه : أن العمامة الفضولية والإيجاب الساذج سيان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الامضاء والاجازة والافتاد ، ففالية التأثير فيهما تنوقف على تحقق الاجازة والقول فكما لا مانع من تسميم العقد



القبولى وإضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكورة كذلك لا مانع من قبول الإيجاب بها . وعليه فيكون معنى العقد وتفرذه بنفس أمضيت وأنفذت وأجزت في كلا المقامين غاية الأمر أن دلالتها على الرضاء بالعقد القبولى وبالإيجاب كليهما مالا ترام . لأن لازم إضاء العقد أو الإيجاب ، وإنفاذه وإجاراته هو الرضاء به وهذا لا يحذور فيه مع قيام القرينة عليه .

قوله : ( أما بعث فلم ينقل إلا من الجامع ( لأن سعيد ) ) . أقول المحكى عن جماعة من أهل اللغة هو اشتراك لفظ بعث بين البيع والشراء . ومن هنا ذكر في المصباح : أن البيع في الأصل مبادلة مال بمال ، وعليه فلا يحذور في استعماله في القبول . غاية الأمر : أنه يتمز بينهما بالقرائن الحالية أو المقالية ، كما أن الأمر كذلك في اشترت ، وشريت .

ولو سلنا اختصاصه بالإيجاب - ولو بالوضع التعبى لكثرة استعماله فيه - لكان استعماله في القبول مجازاً ، ومن الواضح أنه لا مانع من استعمال الألفاظ المجارية في القبول ، كما لا مانع من استعمالها في الإيجاب

نعم إذا كان الاستعمال على نحو يمد في نظر أهل العرف من الأغلاط - وإن كان صحيحاً بحسب القواعد العربية - لم يجوز استعماله في مقام الاشياء سواء فيه الإيجاب والقبول . وقد تقدمت الإشارة إلى جميع ذلك فيما سبق . ومع الاغضاء عن ذلك : أنه لم يرد في آية ، ولا في رواية ، ولم يذكر في معقد اجماع لزوم توقف العقد على القبول ، لكن يباحث في كيفية ذلك ، بل المتحصل من كلمات أهل اللغة . والمتفام من محاورات أهل العرف ومخادئاتهم هو أنه لا يتحقق عنوان العقد ولا التجارة من تراض إلا بين شخصين ، من غير نظر إلى اعتبار خصوصية خاصة في الصيغة والمبرز .

وعليه هلز أوجد المتعاملان معاملة في الخارج بصيغة بعث - بأن تكلم

كل منهما بهذه الصيغة في مقام الإنشاء - كان ذلك مشمولاً لما دل على صحة العقود ، وبموردها من العمومات والمطلقات ، إذ يصدق على المنشأ بذلك عنوان العقد ، وعنوان التجارة عن تراض بالخل الشايع . فيحكم بصحته ولزومه وقد ذكرنا في مبحث المعاوضة أنه إذا وقعت معاملة في الخارج ، ولم يتميز فيها الموجب عن القابل حكم تكوينها معاوضة مستقلة صحيحة ، لآية التجارة عن تراض (١) وإن لم تدخل تحت أحد العناوين المتعارفة . وهذا واضح لا ستار عليه . وعلى الخلة : إن الحجر الأساسي ، والركن الرصين - في تحقق عاوين العقود والايقاعات ، وترتب الآثار عليها في الخارج - إنما هو اعتبارها في صقع النص ، وإطهارها بمظهر خارجي ، ولا شبهة في أن هذا يصدق عليه عنوان العقد أو الايقاع بالخل الشايع . فيكون مشمولاً لما دل على صحة العقود ولزومها . وبعد هذا لا يهنا البحث عن الصعريات . فأما الزبد فيذهب جفاء . وأما ما ينفع الناس فيمكنك في الأرض .

## الاختلاف في تعيين الموجب والقابل

ثم إن المصنف قد ذكرها مرعاً ، واليك منه لفظه . ( لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول ، ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل - إما بناء على جواز تقديم القبول ، وإما من جهة اختلافهما في المتقدم فلا يعد الحكم بالتعالم ، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع والشراء على واحد منهما ) .

ويرد عليه : أنه لا وجه لاحتمال التعالم في المقام ، ضرورة أن التعالم إنما يستقر فيما إذا ثبت لكل من عنوان البائع وعنوان المشتري

(١) سورة النساء : الآية : ٣٣ .

أثر خاص ، وحكم مخصوص . ومن الديهي أنه لا يترتب أثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع ، بل الأثر البارز إما يترتب على كلا العنوانين - كخيار المجلس - وإما يترتب على عنوان المشتري فقط - كخيار الحيوان - فانه - على المشهور - يختص بالمشتري .

وعندئذ يقع النزاع في ثبوت ذلك الأثر لأى مهما من حيث كونه مشترياً ، وعليه فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط . نعم قد يترتب بعض الآثار السادة على خصوص عنوان البائع ، ولكن لا يصح معه القول بالتحالف وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

قيل : إنه ثبت في محله أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من من مال بائنه ، ومن البين الذي لا ريب فيه أن هذا الحكم الانعاقق أثر ظاهر لعنوان البائع .

والجواب عن ذلك أن الأثر المزبور كما يترتب على عنوان البائع ، كذلك يترتب على عنوان المشتري أيضاً . فيحكم بكون ضمان المثمن والثمن كليهما - مع التلف قبل القبض - على كل من البائع والمشتري .

وهذا التعميم ليس من ناحية أن لفظ المبيع - الذي ذكر في النبوي الآتي - يصدق على كل من الموص والمموض .

ولا من ناحية إلقاء الخصوصية من اللفظ المبرور ، لأجل مناسبة الحكم والموضوع .

ولامس ناحية قوله ( ع ) - في رواية عقة بن خالد الآتية - : ( فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه ) بناء على أن الضمير المجرور - في كلمة لحقه - يرجع إلى البائع .

إذ لا يرجع شيء من هذه الوجوه إلى معنى محض ، ضرورة أن

الروايتين ضعيفتا السند . وعوان المبيع لا يصدق على الثمن . والضمير  
المجرور لا يرجع إلى البائع ولا أهل من الاجمال .

بل المضمم إنما هو من ناحية السيرة القطعية ، وتحقيق المقام على وجه  
الاجماع : أنه قد استدل على كون ثلث المبيع قبل قبضه من مال بائعة  
ووجه ثقتي :

١ - الاجماع على ذلك ، كما عن السرائر وكشف الرموز وجامع المقاصد  
والروضة . وعن التذكرة في باب القبض أنه لا خلاف عندنا في أن الضمان  
على البائع قبل القبض مطلقا ، ولو ثلث حينئذ انفسح العقد وسقط الثمن .  
ويرد عليه أن المدرك في حجية الاجماع إنما هو القطع برأى الامام (ع)  
ومن الظاهر أن منشأ القطع به إما العلم بدخوله بنفسه في المجمعين وهو غير  
معلوم ، أو قاعدة اللطف ، وهي غير ثابتة في محلها ، أو التمس القطعي ،  
وهو مقطوع المدم في هذه المسألة ، وإذن فلا إجماع تعدى في المقام لكي  
يكون كاشفاً عن رأى المعصوم (ع) . ومحمّل قريباً أن مستند المجمعين  
هنا - هو الوجه الآتية .

٢ - ما عن عوالي اللئالي عن النجاشي (ص) أنه قال : كل مبيع تلف  
قبل قبضه فهو من مال بائعة (١) .

ويتوجه عليه أن الحديث المذكور ، وإن كان يدل على المقصود  
دلالة واضحة ، إلا أنه لم يذكر في كتب الشيعة إلا مرسلات وقد ذكرنا  
مراراً عديدة : أن الأحاديث المرسلة ليست بحجة .

ودعوى : أن ضعفه منجبر بحمل الأصحاب دعوى جزائية بداهة أن  
عملهم رواية ضعيفة لا يجبر بضعفها ، كما أن اعراضهم عن العمل برواية

(١) المروي في المستدرك ج ٢ باب ٩ من أبواب الحبار ص ٤٧٣ .

صحيحة لا يوجب ومنها . وقد ذكرنا ذلك في علم الأصول مفصلاً ، وأشرنا إليه في أوائل الجزء الأول إجمالاً .

٣- رواية عقبة بن مالك (١) فإنها ظاهرة في أن التلف قبل القبض من

مال يائمه

ولكن هذه الرواية وإن كانت ظاهرة في المقصود ، إلا أنها ضعيفة السند . وغير مجبرة بعمل المشهور ، لا صغرى ، ولا كبرى ، وهذا واضح لا ريب فيه

والتحقيق أن الحكم المزبور قد ثبت بالسيرة القطعية ، لأن بناء العقلاء والمنشعة قائم على أن التسليم والتسلم من متمات الملكية المترتبة على البيع بحيث إن العقلاء لا يرون حصول الملكية النامة قبل القبض والاقباص ، بل يرون أن الحاصل قبلها إنما هو الملكية الناقصة ، ومن هنا يعبر عن البيع كثيراً بالأخذ والاعطاء .

ولا نقول بكون القبض والاقباص من شرائط حصول الملكية في مطلق البيع ، لكي لا يفرق في ذلك بين الصرف والسلم ، وبين بقية البيوع بل أقول : إن الإيجاب قد أثر في الملكية الناقصة المحدودة بالاضمحاض بالتلف ، كما أنها محدودة بالفسخ - في البيع الخياري - وإنما تصير هذه الملكية

(١) عن الصادق (ع) في رجل اشترى متاعاً من رجل ، وأوجبه له ، غير أنه ترك المتاع عنه ، ولم يقبضه وقال : آتيك غداً إن شاء الله فسرقت المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع - الذي هو في يده - حتى يقبض المتاع ويخرجه من يده فإذا أخرجه من يده فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد مال الله عليه بمجهولة محمد بن عبد الله بن هلال . وبقيّة بن خلف . الكافي ج ٥ باب الشرط والخيار في البيع من كتاب المبيعة ص ١٧١ . والوالي ج ١٠ ص ٦٩ .

مطلقة وتامة - من جميع الجهات في فطر القلاء ، ولا تنفسح بالتلف السماوى -  
 القبض - الاقباض .

ولاريب : أن هذه السيرة كما أنها جارية في ناحية المبيع . كذلك  
 أنها جارية في ناحية الثمن أيضاً حتى العسل والعسل والقندة والقندة . وإذن  
 فالحكم بأن التلف قبل القبض من مال مالكة لا يختص بالبائع ، بل يعم المشتري  
 أيضاً ، فالتحصيل أنا لا نعقل وجهاً صحيحاً لدعوى التحالف في المقام .

نعم يمكن أن يقال : إن ذكر المصنف هنا احتمال التحالف مبني على  
 المسألة المعروفة في كتاب القضاء من أن المناط في تعيين المدعى والمنكر هل هو  
 متعلق بالدعوى ابتداءً أم المناط فيه هو العاية المترتبة على الدعوى .

ومثال ذلك : أنه إذا تلف مال عمرو عند زيد ، وادعى زيده أنه كان  
 عارية - فلا ضمان فيه - وادعى عمرو أنه كان قرصاً - فلا بد من أداء عوضه -  
 كان هذا من قبيل التداعى على المناط الأول ، ومن قبيل المدعى والمنكر على  
 المناط الثاني . وحيث أن وضع اليد على مال غيره موجب للضمان إلا في موارد  
 الأمانات الشرعية أو المالكية ، فلا بد لمدعى العارية من إثبات مدعاه .

وعلى هذا الضوء فإذا كان مصب الدعوى - فيما نحن فيه - هو عنوان  
 البائع ، وعمران المشتري كان المورد من صفريات التداعى . فيتعين التحالف  
 وإذا كان مصب الدعوى هو العاية المترتبة على الدعوى كان المورد من صفريات  
 المدعى والمنكر ، وعليه فيتوجه الحلف على المنكر . ولعل المصنف حيث  
 لم يتصح في نظره ترجيح إحدى الناحيتين على الناحية الأخرى فاكتمل - في  
 المقام - بذكر احتمال التحالف ، وافقه العالم .

## بحث في هيئة الصيغة

### وعدم اعتبار العربية فيها

الجهة الثانية في هيئة الصيغة ، قد ذكر المصنف رضوان الله عليه . أن ( المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد ) .

أقول : ذهب جمع كثير من أعظم الأصحاب رضوان الله عليهم إلى اعتبار العربية في صيغ العقود لوجوه شتى :

١ - التأسى والافتداء بالنسبة ( ص ) ضرورة أنه ( ص ) كان ينشأ العقود والایقاعات بالالفاظ العربية ، ومن الواضح أن فعله حجة ، كما أن قوله وتقريره حجتان

والجواب عنه : أن النسبة ( ص ) وإن كان قادراً على إنشاء العقود والایقاعات بأى لفظ ، وبأية لغة ، إلا أن قومه كانوا عربى اللسان ، ولم يكونوا عارفين بسائر اللغات غالباً . وحيث أن صدور الانشاءات العربية منه ( ص ) بغير اللغة العربية إنما هو لعدم ابتلائه بذلك . كعدم ابتلائه بذلك - غالباً - في سائر محاوراته ومخادثاته ، وعليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الانشاء بغير اللغة العربية .

والذى يدل على صدق مقالنا : أنه لو كانت العربية معتبرة في صحة الانشاء لظهر لنا ذلك ، وإن ، بل صار ديهياً كالشمس في كبد السماء ، لكثرة ابتلاء الناس بذلك ، بل كان من الوخائف اللارمة على كل متدين بدين الاسلام أن يتعلم الصيغ العربية للعقود والایقاعات ، كما أنه يجب على كل مسلم أن يتعلم ما يتليه من الأحكام الشرعية . ومن الواضح أنه لم يذكر ذلك

في شيء من الأدلة الشرعية .

نعم يجب التأسى بالنبي ( ص ) في فعله الصادر منه على سبيل المروية والتشريع إلا أنه بعيد عن مورد بحثنا .

٢ - أن عدم صحة الانشاء بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى .

ويرد عليه . أن دعوى الأولوية في المقام ممنوعة ، إذ لا صلة بين المقامين بوجه . على أنه لا دليل على اعتبار الماضية في العقود . ومتعارف تقريباً

٣ - أن مفهوم المقد لا يتحقق في الخارج إلا بالانشاء بالألفاظ العربية وعليه فالانشاء بغيرها يخرج من حدود المقد موضوعاً

والجواب عن ذلك أن العربية غير معتبرة في مفهوم المقد بوجه ، وليس عليه دليل عقلي ، ولا نقل ، ولا شاهد عليه من العرف واللغة . بل كل ذلك يساعد على صدق مفهوم المقد على المنشأ بغير الألفاظ العربية ، فيكون مشمولاً للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها .

والسر في ذلك ما ذكرناه مراراً من أن حقيقة كل أمر انشائي من الأوامر والنواهي . والعقود والإيقاعات متفرقة بالاعتبار الفسائي المظهر بظاهر خارجي ، سواء أكان ذلك المظهر فعلاً من الأفعال الجوارحية أم كان قولاً وسواء أكان القول عربياً ، أم كان غير عربي وإذن فلا وجه لتخصيص المظهر بالقول ، فضلاً عن تخصيصه بمحصة خاصة منه . وعليه فيصح الانشاء بالألفاظ غير العربية .

نعم لو أغضطنا عن العمومات والمطلقات لحكما بفساد كل عقد نشك في صحته وفساده - ولو كان ذلك من ناحية الشك في اعتبار العربية فيه - إلا أن هذا فرض محض لا واقعية له لما ذكرناه قريباً من أن المنشأ بغير الألفاظ



العربية عقد بالخل الشايح فتشمله العمومات والمطلقات .

وحينئذ فليس لك أن ترجع إلى أصالة الفساد في العقود ، لأن موردها إنما هو العقد الذي يشك في صحته وفساده من غير أن يكون مشمولاً لأدلة الامضاء وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

ثم إذا قلنا باعتبار العربية في الصيغة وجب اعتبارها في جميع ما هو دخیل في حقيقة الصيغة وما هيئها ، وهذا واضح .

نعم لا بأس بذكر الشروط - التي اعتبرت في العقود - بغير الالفاظ العربية ، لأنها غير معتبرة ، في ماهية العقود وحقيقتها ، كما أنه لا بأس بذكر متعلقات الصيغة - من العوض وغيره - بغير الالفاظ العربية ، لأن ذكر تلك المتعلقات ، وحذفها - مع قيام القرينة على الحذف - بيان ، ومن البديهي أنه إذا لم يضر حذفه بصحة العقد لم يضر ذكره بها أيضاً .

فكما لا بأس بقول القائل : بعث ، أو قبلت من دون ذكر الثمن أو الثمن ، كذلك لا بأس بقوله : بعث ( ابن كتاب رابده درم ) ولا نجمل أن يكون ذكر اللفظ غير العربي محلاً بصحة العقد .

ويؤيد ما ذكرناه ما عسى العلاء من أنه قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) الرجل يريد أن يبيع يماً فيقول : أبيعك بده دوازده ؟ فقال : لا بأس إنما هذه المرافضة ، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة (١) .

وقد اتضح لك بما حققناه حكم العربي الملحون من حيث المادة أو الهيئة أو الاعراب ، فانه لا يصح الانشاء بذلك .ناه على أن الوجه في اعتبار العربية في العقود هو كون العربي الصحيح متيقناً من أسباب النقل والانتقال واليه أشار المصنف بقوله : ( الأقوى ذلك ) ، ناه على أن دليل اعتبار

العربية هو لزوم الاختصار على المتيقن من أ-باب النقل) وعليه فلا وجه لما ذكره السيد من أن (المتعين خلافه - أى خلاف ما أفاده المصنف - ما لم يتغير المعنى على وجه يخرج به عن حقيقته) .

ولكن الذى يسهل الخطأ هو ما يثناه مراراً من جوار الإنشاء بكل ما هو قابل لإبراز الاعتبار النفساني ما لم يدل دليل خاص على خلافه . ووقتئذ لا بد من التفصيل في الملحون بين ما يعد غلطاً في نظر أهل العرف - كلفظ بقت بدل بعت - وبين ما لا يعد غلطاً في نظرهم وإن كان غلطاً بحسب القواعد العربية - كاللغات الدارجة - فانه يصح الإنشاء بالثاني ، لكونه صالحاً لإبراز الاعتبار النفساني دون الأول . إلا أن الاحتياط يقتضي إنشاء المقود بالألفاظ العربية الصحيحة .

## هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة؟

قوله : ( هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ ) أقول: ظاهر كلام المصنف : أن اعتبار علم المتكلم بمعنى اللفظ تفصيلاً متمعراً على اعتبار العربية في الصيغة . ومن هنا قال في وجه ذلك : ( لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام ، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وصح له عند العرب ، فلا يقال : إنه تكلم وأدى المطلب على طوق لسان العرب إلا إذا مير بين معنى بعت وأيسع ، وأوجدت البيع وغيرها ) .

والتحقيق : أن اعتبار الشرط المذكور - في الصيغة - لا يتفرع على اعتبار العربية فيها ، بل إنما هو من ناحية أخرى التى ستضع لك قريباً .

وتفصيل الكلام في المقام : أن الجمل بمضمون الصيغة على قسمين :  
١ - أن يلتفت المشيء إجمالاً الى معنى الصيغة ولكن لا يلتفت تفصيلاً

إلى وقوع أى جزء منها مازاء أى جزء من معانيها ، كما يتفق ذلك غالباً في غير المعارف باللغة العربية ، فإنه يلتفت إجمالاً إلى معنى جملة خاصة عربية ، إلا أنه لا يلتفت إلى كيفية الدلالة فيها . ومقابلة أى جزء من تلك الجملة بأى جزء من معانيها .

٢ - أن يكون المشيئة جامعاً لمضمون الصيغة رأساً ، ولا يكون عالماً به ، لا إجمالاً ، ولا تفصيلاً بل ربما يكون المرتكز في ذهن المشيئة من تلك الصيغة غير ما يفهمه أهل العرف منها .

أما القسم الأول فالظاهر هو جوار الانشاء به ، لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغة على النهج المذكور ، بل اعتبار العلم بذلك مقطوع الدم ، لقيام السيرة القطعية على خلافه ، إذ لا يطلع على خصوصيات الصيغة على النحو المزبور إلا الأفاضل والعلماء ، بل ربما يوجد بعض الألفاظ لا يلتفت إلى كيفية دلالة على معناه إلا الأوحى من الناس ، مثل كلمة ( بي هوده ) فإن كثيراً من الناس يتخيل أنها كلمة واحدة فارسية ، مع أن لفظة ( بي ) غافية ، ولفظة ( هوده ) بمعنى الفائدة ، فقد ضمت إحداها إلى الأخرى فصارت كلمة واحدة .

أما عوام الناس - حق العارفين باللغات - فلا يلتفتون إلى خصوصياتها على الكيفية المتقدمة ، ومع ذلك ينشؤون بها العقود والايقاعات ، ولا ريب أن هذا متعارف بينهم قديماً وحديثاً ، ولم يثبت عنه ردع في الشريعة المقدسة والظاهر وبأن ، وصار من الأمور الواضحة ، ضرورة ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضرورية التي اتضح حكمها في الشريعة المقدسة كالصوم والصلاة والحج وأمثالها .

أما القسم الثاني فلا يصح الانشاء به جزماً ، فإن شأنه في نظر المشيئة

شأن استعمال كلمة أكلت وشربت وضربت مكان بت ، فكما لا يصح الانشاء تلك الالفاظ ، كذلك لا يصح الانشاء بما يكون المنشئ جاهلاً بمضمونه رأساً

## هل تعتبر الماضوية في الإيجاب والقبول ؟

قوله : ( المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية ، بل في التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك ، أو اشتري مني ) . أقول : اشتراط الماضوية في الإيجاب والقبول محكي عن الوسيلة والشرايع والارشاد وشرحه لفخر الاسلام والدروس والتفيع والمسالك ، وعن جمع آخر .

بل قال في التذكرة : الثاني - أي من شروط الإيجاب والقبول -  
الانيان بهما بلفظ الماضي ، فلو قال : أبيعك أو اشتري لم يقع اجماعاً ، لانصرافه الى الوعد . ولو تقدم القبول بلفظ الطلب ، بأن قال : بعي بدل قوله : اشتريت فقال البائع : بعثك لم يتعقد . . . لأنه ليس صريحاً في الإيجاب ، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب في البيع . . . نعم لو قال المشتري بعد ذلك : اشتريت ، أو قبلت صح اجماعاً ولو تقدم لفظ الاستفهام فيقول أتبيع ؟ فيقول : بعثك لم يصح اجماعاً لأنه ليس بقبول ولا استدعاء انتهى كلامه ووجهه بعضهم بأن الانشاء بخير الماضي خارج عن العقود المتعارفة فلا تشملها العمومات .

وبأن الماضي صريح في الانشاء بخلاف غيره من الأمر والمضارع ، فإن الأول استدعاء . والثاني أشبه شيء بالوعد .

والتحقيق : ما من الكامل والمهذب . من جواز الانشاء بالمضارع والأمر ، لأنه يصدق عنوان العقد على المنشأ بهما فيكون مشمولاً للعمومات

ونوهم : أن المضارع والأمر ليسا بصريحين في الانشاء ، توهم فاسد إذ لو أريد من ذلك عدم صراحتها في الانشاء - ولو بالقرائن الحالية أو المقالية - فهو جار في الماضي أيضاً ، لأنه ليس بصريح في الانشاء ، ضرورة أنه يستعمل تارة في الاخبار ، وأخرى في الانشاء ، وعليه فلا يكون صريحاً في الثاني ، بل هو وغيره سيان في عدم الدلالة على الانشاء صريحاً بحسب الوضع الأولي .

ولو أريد من ذلك عدم صراحتها في الانشاء حتى مع افترائها بالقرائن فهو ممنوع جزمياً .

نعم لا شبهة في أن العقود والایقاعات تنفصاً بالماضي غالباً ، إلا أن مجرد هذا لا يوجب عدم صحة الإيجاب والقول بغير الماضي ، وهذا واضح لا شبهة فيه .

ودعوى الإجماع على عدم جواز الانشاء بالمضارع والأمر دعوى جزافية . لأن المدرك في حجية الإجماع إنما هو العلم بكشفه من قول المعصوم ، ومن البين أنه لا سبيل لنا إلى العلم بذلك هنا ، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدركه هو الوجوه الاعتبارية ، التي ذكرناها في المقام .

على أن مورد الإجماع - في عبارة التذكرة التي ذكرناها آنفاً - إنما هو خصوص المضارع . وعليه فلا وجه لما في عبارتي المصنف ومفتاح الكرامة من نسبة الإجماع إلى التذكرة في كل من المضارع والأمر .

ويضاف إلى ذلك كله : أنه قد ورد - في جملة من الروايات ( ١ )

(١) عن سماعه عن أبي عبد الله ( ع ) في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله ؟ قال : لا يصلح له إلا أن يشتري منه شيئاً آخر ، ويقول : أشتري منك هذا الشيء . وعبدك بكذا وكذا فإن لم يقدر على العبد كان الهدي قد فداه فاشترى منه . -

- الانشاء بالمضارع . كما يدل على جوار ذلك مطلقا لحوى ما دل عليه في خصوص النكاح (١) .

— موثق بزراعة وسهاعة .

وعن رفاة النخاس قال : سألت أبا الحسن : يعني موسى بن حمير (ع) قلت له : يصلح لي أن أشتري من القوم الحارية الآفة ، وأعطيتهم النمن ، وأطلبها ان قال : لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري معها منهم شيئا ثوباً أو متاعاً فتقول لهم أشتري مسكم جاريتكم فلانة وهذا ابتاع تكذا وكذا درهماً ، فان ذلك جائز . صحبة التهذيب ج ٢ باب ٩ الفرر والمجاعة من كتاب التجارات ص ١٥١ .

وعن سهاعة قال : سألت عن اللبن يشتري وهو في الضرع ؟ قال : لا ، إلا أن يحلب لك سكرحة ، فيقول : أشتري منك هذا اللبن الذي في السكرجة وما بقي في صروعها شمن مسمى فان لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة . موثق بزراعة وسهاعة . الوافي ج ١٠ ص ٩١ والتهذيب ج ٢ ص ١٥١ .

أقول : السكرجة - بضم السين والكاف والراء المشددة - إنه صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم فارسية معربة .

ثم إنه وقع الانشاء بالمضارع فيها ورد في بيع المصحف ، وبيع الثمر في جملة من الروايات ، وقد قلناها في الجزء الثاني في ص ١٥٥ .

(١) عن أبي بصير قال : لا بد من أن تقول في هذه الشروط : أنزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً إلخ . صحيف يسمان بن عيسى . وموقوف والمراد من الخبر الموقوف : ما روي عن مصاحب المصوم (ع) من قول أو قول أو تحرير ، مع الوقوف على ذلك المصاحب من دون وصل السند إلى المصوم (ع) وعن أنان بن تغلب قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أنزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) (الاورثة) ولا .

وقد اتضح لك عما يبناه بطلان ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من أن الانشاء لا يكون إلا بالماضي ، لصراحته في تحقق الأمر الاعتباري ، بخلاف المضارع ، فانه أشبه شيء بالوعد ، كما أن الأمر أشبه شيء بالمقولة. وإذن فلا يصح الانشاء بهما . انتهى ملخص كلامه .

ثم إننا ذكرنا مراراً : أن الأمور الانشائية متقومة بالاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي بحيث يكون ذلك المظهر صالحاً لإبراز ما في النفس من الاعتبار - ولو بمؤونة القرائن - وعليه فلا بأس بإنشاء العقود بالجل الاسمية - كالشاء البيع بجملة ( هذا لك بعوض ) وإنشاء الاجارة بجملة ( منفعة هذه الدار لك تكدا ) وهكذا ضرورة أنها - مع اقترانها بالقرائن - صالحة لإبراز الاعتبار النفساني ، فيكون المشأ بها مشمولاً لما دل على صحة العقود ولزومها نعم لا يصح الانشاء بمثل قولنا أنا بائع ، أو أنت مشتر ، أو هذا مبيع ، ونحوها فإن الانشاء بأشياء هذه الجمل يعد في نظر أهل العرف من الأغلاط . وقد أسلفنا أنه لا يسمح الانشاء بما لا يتطبق عليه عنوان البيع أو غيره في نظر أهل العرف . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

أما جوار إنشاء الطلاق بجملة ( هي طالق ) وإنشاء العتق بجملة ( أنت حر لوجه الله ) فإما هو من ناحية دليل خلاص .

—موروثه كذا وكذا يوماً... فإذا قالت : هم فقد رصيت ، فهي امرأتك ، وانت أولى الناس بها . إلخ . ضعيف بإبراهيم بن الفضل .

وعن ثعلبة قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) نكاحاً غير سفاح إلخ . موقوف .

وعن هشام بن سالم قال . قلت : كيف يتزوج المتعة قال . تقول بإمارة أتزوجك كذا وكذا يوماً ، بكذا وكذا درهماً إلخ . مجهول ببداة بن محمد بن عيسى . الكافي

ط ٧ ج ٥ باب شروط المتعة من كتاب النكاح ص ٤٥٥ .

## هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول؟

الجهة الثالثة في الترتيب بين الايجاب والقبول .

قوله : ( الأشهر - كما قيل لروم تقديم الايجاب على القبول ) . أقول :  
قد اختلف الأصحاب في ذلك .

فقال الشيخ في بيع المتوسط : عقد الكاح ينعقد بالايجاب والقبول ،  
سواء تقدم الايجاب . . . أو تأخر . . . بلا خلاف ؛ فأما البيع فان  
تقدم الايجاب . . . صح بلا خلاف وإن تقدم القبول . . . صح ،  
والأقوى عندي : أنه لا يصح .

وعن الوسيلة ، والسرائر . اشتراط تقديم الايجاب على القبول وعن  
المختلف أنه الأشهر .

وعن التذكرة ، والايضاح ، والتنقيح : أنه الأقوى .

وعن جامع المقاصد ، وصيغ العقود : أنه الأصح .

ومن تعليق الارشاد ، أنه الأظهر

بل عن غاية المراد ، والمسالك حكاية الاجماع على ذلك عن الخلاف  
ولكن الموجود وبيع الخلاف : أنه إذا قال : بنيه ألف ، فقال  
بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك : اشتريت ، أو قبلت . . .  
دليلاً : أن ما اعتبرناه يجمع على ثبوت العقد به (١) .

وغير حفي على النافذ البصير أن هذه العبارة التي بين يدي الغاري . غير  
ظاهرة في الاشتراط المزبور . وإن كانت ترومه للمستعجل .

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٩٩ .



وقد خالف في ذلك جمع من الأعظم .

فقال العلامة في القواعد : وفي اشتراط تقديم الإيجاب نظر .

وفي الشرايع : أنه أشبه . واختاره الشهيد في حواشيه .

وفي البعثة والروضة : أنه لا يشترط تقديم الإيجاب وإن كان تقديمه أحسن .

وعن نهاية الأحكام . والميسية ، والمسالك أنه الأقوى .

وعن التحرير ، والدروس ، والكفاية : أنه الأقرب .

وعن مجمع البرهان : أنه الأظهر .

بل قال الشبح ( ره ) في نكاح المبسوط : فأما إن تأخر الإيجاب فسبق

القبول ، فإن كان في النكاح . صح . بلا خلاف ، لخبر الساعدي ...

وإن كان هذا في البيع ، فقال : بضمها ، فقال . بتمكها صم عندنا ، وعند

قوم من المخالفين

ثم إنه قال الشهيد الثاني في الروضة : إن ( حمل الخلاف ما لو وقع

القبول بلفظ اشترت .. أو ابتعت ، أو تملكك ... لا بقبلت وشبهه ...

لأنه صريح في البناء على أمر لم يقع ) .

وحكاها . في مفتاح الكرامة . عن جماعة من الفقهاء .

وقد أطنب المصنف في البحث هنا من حيث النقض والارام وصفوة

كلامه : أن القبول قد يقع بلفظ قبلت ورخصت ونحوهما ، وقد يقع بلفظ

الامر : بأن يقول المشتري معنى المتاع الفلاني بألف ، ويقول البائع بعته

إياك بكذا ، وقد يقع بلفظ اشترت وابتعت وملكك . مخفياً .

فاذا وقع القبول بالقسم الأول لم يجوز تقديمه على الإيجاب ، للإجماع

ولأن العمومات محمولة على العقود المتعارفة ، ومن الواضح أنه لم يتعارف

تقديم القبول بلفظ قلت أو رضيت على الإيجاب .

أضف الى ذلك: أن القبول - الذي هو أحد ركني العقد - فرع الإيجاب فلا يعقل تقدمه عليه ، بديهية أن القبول ليس هو مجرد الرضاء بالإيجاب لكي يلتزم بإمكان تعلق الرضاء بالأمر المتأخر ، بل المراد من القبول إنما هو الرضاء بالإيجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلاً فعلياً . ومن الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق الا بتأخر الرضاء عن الإيجاب .

اذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال ضرورة أن الراضي بمماوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل ماله في الحال الى الموجب ، والسري ذلك أن كلمة قلت وأشباهها قد أخذ فيها مفهوم المطاوعة ، ولا يتحقق ذلك في الخارج الا بتقديمها على الإيجاب .

واذا وقع القبول بالقسم الثاني لم يجز تقديمه على الإيجاب أيضاً ، لأنه لا يعد قبولاً للإيجاب المتأخر ، وإنما هو استدعاء واستجواب . بل لو قلنا بجواز التقديم بلفظ قلت لأمكن المبع هنا ، بناء على اعتبار الماضوية في الإيجاب والقبول . وقد نص جمع كثير بعدم جوار التقديم هنا

واذا وقع القبول بالقسم الثالث - أعني به اشتمت واشترت وملكت عتقاً - جاز تقديمه على الإيجاب ، لأنه عندئذ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعة لكي يستحيل تقديمه عليه ، وإنما استفيدت المطاوعة من القرائن المقامية وهي أن النقل يتحقق - غالباً - من قبل البائع قبل تحققه من قبل المشتري . ومن البين أن هذه القرينة غير مانعة من تقديم القبول على الإيجاب . بديهية أن المشتري قد أنشأ بالانقضاء المذكورة ملكية المثلن لنفسه براء المثلن . ولا يفرق في ذلك تقدمها على الإيجاب وتأخرها عنه .

ثم انه ( ره ) تكلم في سائر العقود الى أن قال : وأما المصالحات المشتملة

على المعاوضة فلما جار انتهاء الالتزام بها لكل من المتناحزين - لتساوى نسبتها اليهما - كان البادى منهما موجبا ، لصدق عنوان الموجب عليه لغة وعرفاً .  
ولكن لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول ، اذ لو كان ذلك أيضاً بلفظ الصلح لزم تركيب العقد من ايجابين ، وحيث فلا يجوز تقديم القبول على الايجاب في الصلح أيضاً . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه أولاً : أنه لا وجه لخله العمومات على العقود المتعارفة ، بل هي تشمل جميعها ، سواء فيها المتعارف وغير المتعارف . .  
ثانياً : أنه لا وجه لما ذكره في آخر كلامه من قيام الاجماع على توقف العقد على القبول ، لعدم الدليل على اعتبار القبول في مفهوم العقد ، ولا في صحته ، ولا في لزومه .

بل المتحصل من كلمات أهل اللغة وأهل العرف ، هو أن العقد لا يوجد إلا بين شخصين ، سواء أكان الصادر منهما مركباً من الايجاب والقبول ، أم كان ذلك مركباً من ايجابين فقط ، فانه - على كلا التقديرين - يكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . وقد أشرنا الى ذلك آخراً .

ثالثاً . أنه لا وجه لمنعه عن تقديم القبول - الذي وقع لفظ الامر - على الايجاب ، لانا ذكرنا مراراً : أن حقيقة العقد هي الاعتار النفساني المبرز بمظهر خارجي ، من غير أن تعتبر في ذلك أية خصوصية من الخصوصيات ودعوى : أن إنشاء القبول بلفظ الامر مخالف لا اعتبار الماضوية في العقود ، دعوى فاسدة ، لما عرفته قريباً من عدم الدليل على اعتبار الماضوية بوجه رابحاً : أنه لا وجه لتفصيله (ره) بين قبلت ، ورضيت ، وأمنيت وأفذت ، وبين اشتريت ، وتملكيت ، وملكت مخففاً ، حيث التزم بعدم

الجواز في القسم الأول ، وبالحوازي في القسم الثاني  
 وبيان ذلك : أن العقود قد يعتبر فيها القبول ، وقد لا يعتبر فيها الا  
 الرضاء بفعل الموجب بلا حاجة الى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب :  
 أما القسم الثاني فيها أنه لا يعتبر فيه القبول ، ويكفي فيه مجرد الرضاء ،  
 لم يفرق فيه بين تقدم الرضاء وتأخره . فهو استدعي زيد عمروأ في بيع داره  
 فأذن له صح لزيد بيعها ، وإن لم يتحقق منه إنشاء لقبول الوكالة .  
 نعم هذا القسم من الوكالة الاذنية - التي تقوم بالاذن الساذج - لا يترتب  
 عليه حكم الوكالة العهدية - التي تقوم بالالزام والالتزام من الطرفين - وعليه  
 فإذا رجع عمرو عن اذنه لم يصح بيع زيد بعده ، وإن لم يلمعه الرجوع .  
 ومن هذا القبيل الدارية والوديعة ، فانهما أيضاً لا يحتاجان الى القبول  
 ويكفي في تحققهما مجرد رضاء المستعير والمستودع باشاء المالك .  
 بل وكذلك الحال في الوصية ، فإذا أوصى بمال لزيد ، لم يعتبر في  
 صحتها الا رضاء زيد بالتبليغ ، من دون حاجة الى القبول .  
 وعلى الجملة : ان الحاجة الى الرضاء في هذه العقود ، كالحاجة الى رضاء  
 الزوجة في صحة التزويج على بنت أختها ، أو بنت أخيها . ومعه لا موجب  
 لاعتبار تأخر القبول في العقود المزبورة ، لأنه يكفي فيها مجرد الرضاء سواء  
 تأخر عن الايجاب ، أم تقدم عليه .  
 أما القسم الاول - أعني به العقود العهدية - فهو لا يوجد في الخارج الا  
 بانشاء المعاهدة والمعاقدة من الجانبين . ولكن لا دليل على كون أحد الانشائين  
 معنوياً بمنوان الايجاب ، وكون الآخر معنوياً بمنوان القبول - بمعناه المطاوع -  
 لكي يستحيل تقدم الثاني على الاول .  
 بل ذكرنا قرياً : أنه اذا صدق على المنشأ بهما عنوان من عنوانين

المعاملات - كالعقد والبيع والتجارة عن تراض والشرط على القول بصدقه على الشروط الابتدائية وغير ذلك - حكم بصحته ولزومه ، للمعومات والمطلقات وإذن فلا محذور من تركيب عقد خاص من إنشائين يتضمن أحدهما عليك أحد المالين بموضع ، ويتضمن ثانيهما تملكه به ، سواء كان ذلك لفظ التملك وما يرافقه ، أم كان بلفظ القبول مع قيام قرينة على إنشاء التملك به . وعليه فلم يبق وجه لاعتبار القبول - بمعناه المطاوعى - في مفهوم المقودلكى يمنع من تقديمه على الإيجاب .

ولو سلمنا احتياج العقد إلى القبول ، وسلمنا أيضاً أخذ المطاوعة في مفهوم القبول . ولكننا لا نسلم استحالة تقديم القول على الإيجاب ، ضرورة أن القبول يتعلق تارة بالمعنى المصدري : أعنى به إنشاء البائع . ويتعلق أخرى باسم المصدر : أعنى به نفس المبادلة بين المالين مع قطع النظر عن إضافته إلى البائع .

وعلى الأول فلا يعقل فيه تعلق القبول به قبل تحقق الإيجاب في الخارج كما يستحيل تحقق الانكسار قبل تحقق الكسر .

وعلى الثاني فلا محذور فيه من تحقق المطاوعة قبل تحقق الإيجاب وذلك لأن مفهوم المطاوعة هو الأخذ ، ومن البين أن المشتري إذا أنشأ تملك مال غيره بأزاء مال نفسه ، بقوله : قبلت مالك بمالى صدق على إنشائه هذا أنه أخذ المبدء - كالبيع مثلاً - لنفسه .

وإذن فلا يفرق في تحقق مفهوم العقد ، بين تقديم القبول على الإيجاب وعدمه ، وحيث أن ذلك مشمولاً للمعومات الدالة على صحة المقودولزومها وقد ظهر لك مما بيناه بطلان ما ذكره المصنف . من أن القبول قرع الإيجاب ، وتابع له ، فيستحيل تقديم التابع على المتبوع .

ونتيجة ما حققناه هي جواز تقديم القبول على الإيجاب ، من غير فارق بين الفاظ القبول ، ولا بين أفراد العقود . نعم يحسن بنا تقديم الإيجاب على القبول خصوصاً في النكاح .

ثم إنه تدل على جواز تقديم القبول على الإيجاب الروايات المتقدمة الواردة في بيع المبد الآبق ، وبيع المصحف ، وبيع النمر . ( ١ ) . وأيضاً يدل عليه لحوى الأخبار السابقة الواردة في نكاح المتعة ( ٢ ) و لحوى ما ورد في جواز جمل المهر تعليم شيء من القرآن ( ٣ ) .

( ١ ) راجع ص ٤١ و ٤٢ .

( ٢ ) راجع ص ٤٢ و ٤٣ .

( ٣ ) عن عوالي الثاني : روى سهل الساعدي : أن النبي (ص) جاءت إليه امرأة ، فقالت : يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك ، فقال (ص) لا إبرة لي في النساء . فقالت : روحي عن شئت من أمرك فقام رجل فقال : يا رسول الله روحيها ، فقال : هل معك شيء تصدقها ؟ فقال : والله ما معي إلا ردائي هذا ، فقال (ص) : إن أعطيتها إياه تنفي ولا ردء لك . هل معك شيء من القرآن ؟ فقال : نعم سورة كذا وكذا ، فقال (ص) : روحتكها على ما معك من القرآن مرسل . المستدرک ج ٢ في الباب ٢ من ابواب المهر ص ٦٠٥ .

ورواه البيهقي مستنداً بأدنى تفاوت في ج ٧ من سنه ص ٢٤٢

وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : جاءت امرأة إلى النبي (ص) فقالت : روحي ، فقال رسول الله (ص) : من هذه ؟ فقام رجل فقال : أما يا رسول الله ، روحيها ، فقال : ما تعطيتها ؟ فقال : مالي شيء ، قال : لا ، قال : فأطادت ، فأطاد رسول الله (ص) الكلام ، فلم يعم أحد غير الرجل ، ثم اطادت ، فقال رسول الله (ص) في المرة الثالثة : انمخس من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم .

## هل تعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول؟

قوله : ( ومن جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه وقبوله ) . أقول :  
قد حكى المصنف عن الشهيد في قواعده : ( أن الموالاة معتبرة في العقد ومحوه  
وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه .

وقال بعض العامة : لا يضر قول الزوج - بعد الإيجاب - : الحمد لله ،  
والصلاة على رسول الله ، قبلت بكاحها . ومنه الفورية في - استتابة المرتد ،  
فيعتبر في الحال وقبر : إلى ثلثة أيام ومنه الكوت في أثناء الأذان ، فان  
كان كثيراً أطله .

ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة ، أو قراءة غيرها حلالها وكذا  
التشهد . ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع ، فان تعمدوا ، أو نسوا

صل : قد روجتكمها على ما تحسن من القرآن ، فاعلموا إياه . صحيح . السكافي ج ٥  
مس ط ٢ باب المواتر في المهر ص ٣٨٥ .

ثم لا يخفى عليك : أنه يستند من الخبرين المبرورين أحكام شتى :

١ - جواز تقديم القبول على الإيجاب .

٢ - جواز وقوع القبول بلفظ الأمر .

٣ - حوار العصل بين الإيجاب والقبول .

٤ - جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن .

إلا ان استعادة غير الحكم الأخير منها مبنية على ما فهمه جمع من ان القبول

فيها هو قول ذلك الصحابي : روحها ، والإيجاب قوله بعد فصل طويل زوجتكمها  
على ما تحسن ، أو ما عسك من القرآن .

حتى ركن فلا جمعة .

واعتبر بعض العامة تحريمهم منه قبل الفاتحة . ومنه الموالاة في التعريف بحيث لا يفسى أنه تكرار . والموالاة في سنة التعريف فلورجع في أثناء المدة استوفى ليرأى .

والتحقيق : أنه لا شبهة في اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه ، ضرورة أن الاستثناء من النفي يفيد الإثبات ، كما أن الاستثناء من الإثبات يفيد النفي وعليه فإذا اتصل أحدهما بالآخر ، كان لهما ظهور واحد ومضمون فارد ، وإذا انفصل أحدهما عن الآخر ، كان لكل منهما ظهور خاص ، ومضمون مستقل .

ومن هنا لو اعترف شخص لصاحبه بخمسين ديناراً ، ثم استثنى من ذلك - بعد مدة طويلة - خمسة دنانير لم يسمع منه هذا الاستثناء لأنه عندئذ لا يعد المستثنى والمستثنى منه - في نظر أهل العرف - كلاماً واحداً ، بل يعدون المستثنى نقضاً للمستثنى منه . وكفلك إذا قال أحد : لا إله ، ولم يقبه بقوله : إلا الله ، إلا بعد مدة طويلة حكم بكفره ، لأن أهل العرف لا يرونها كلاماً واحداً .

وعلى الأجمال : إن اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه أمر يهدي وربما يكون التأمل في ذلك سبباً لاعتبار الاتصال في كل أمر تدريجي ، الذي ثبتت له الصورة الاتصالية في نظر أهل العرف . وهذا هو المراد من قول الشهيد : ( الموالاة معتبرة في العقد ونحوه ، وهي مأخوذة إلخ ) .

ثم إن الفورية في استتابة المرتد لا تقترب على اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه ، بديهية أن الاتصال المعتبر بينهما أمر عرفي ارتكاري ولكن وجوب الاستمرار في الإسلام وعدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعي ، فلا بد من الاستتابة فوراً حقوراً ، وإذن فلا صلة بينهما بوجه .



وهكذا الكلام في لزوم تحريم المأمومين في الجمعة قبل ركوع الإمام ، فإن ذلك لا يرتبط بالفورية العرفية ، بل يحتاج إلى الدليل الشرعي ، وعليه فإن كان - هناك - ما يدل على الفورية اخذ به ، وإلا فيرجع إلى أصالة البراءة .  
والحاصل : أن الأمر التدريجي المتصل إذا اخذ موضوعا للحكم ، لم يترتب عليه ذلك الحكم في غير حال الاتصال ، ضرورة أن فعلية الحكم بفعلية موضوعه ، ومن البين الذي لا ريب فيه أن الأمر التدريجي المتصل لا يكون فعليا إلا بفعلية هيئته الاتصالية وإذا انتفت هذه الهيئة انتفى الحكم المترتب على ذلك الأمر التدريجي المتصل ، لانقضاء موضوعه وهذا لا شبهة فيه بحسب الكبرى ولكن البحث في أنه هل تنطبق تلك الكبرى على العقد المركب من الإيجاب والقبول ، أم لا ؟

لاحضاء في أن الاتصال - بحسب الدقة - يساوق الوحدة ، فإذا انفصل أحد الأمرين عن الآخر - ولو آتاما - لم يصدق عليهما عنوان الواحد ، نعم قد يتحقق الاتصال العرفي في الأمور التدريجية مع تخلل العدم في البين ، ومن هنا يقال - للكلام الطويل - : إنه كلام واحد متصل ، مع تخلل السكوت فيه قليلا .

ولا يعني عليك أن هذا الإطلاق إنما هو بحسب التشكيك ، إذ الاتصال المتحقق بين المستثنى والمستثنى منه أشد من الاتصال المتحقق بين بقية أجزاء الجمل ، والاتصال المتحقق بينها أشد من الاتصال المتحقق بين جملة وجملة أخرى ، والاتصال المتحقق بين حروف الكلمات أشد من الاتصال المتحقق بين الأمور المذكورة كلها ، وجميع ذلك واضح لا شبهة فيه .

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه قد استدل على اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد وقبوله بوجهين :

١ - ما ذكره المصنف (ره) واليك لفظه : ( أن الأمر المدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بد في ترتيب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية ، فالعقد المركب من الإيجاب والقبول - القائم بنفس المتعاقدين - بمنزلة كلام واحد مرتبط بعنه ببعض ، فيدح نخل الفصل المحل ببيته الاتصالية ، ولذا لا يصدق المعاوضة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول ، كسنة أو أريد ، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه ) . وإذن فلا يشمل دليل وجوب الوفاء بالعقد ، وهذا الذي ذكره المصنف هو ملخص ما أفاده الشهيد (ره) .

ويتوجه عليه أولاً ، أن دليل صحة المعاملات تورومها لا ينحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد بل تدل على ذلك أيضاً آية التجارة عن تراض ومن البديهي أننا لا بدور في دلالتها على المقصود مدار تحقق العقد ، بل يكفي في ذلك تحقق التجارة عن تراض . وقد أشار المصنف إلى هذا الجواب بقوله ( وما ذكره حسن لو كان حكم الملك وال لزوم في المعاملة متوطناً بصديق العقد عرفاً ، كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالمقود . . . أما لو كان متوطناً بصديق البيع ، أو التجارة عن تراض ، فلا يضره عدم صدق العقد ) . نعم لا يمكن التمسك بآية التجارة عن تراض في خصوص النكاح .

ثانياً : أننا لا نرى وجهاً صحيحاً للمنع عن كون العقد الفاقد للموالاتة مشمولاً لآية وجوب الوفاء بالعقد ، ضرورة أن العقد ليس اسماً للفظ المركب من الإيجاب والقبول ، بل هو عبارة عن العهد المطلق أو العهد المشدد ، وهذا المعنى أمر نفساني قائم باعتبار الموجب والتقابل معاً ، ومن الواضح أنه لا يفهم بتخلل الفصل بين الإيجاب والقبول اللفظيين .

نعم لا بد وأن يعد ذلك مظهرأ - في نظر أهل العرف - لذلك الاعتبار

التفاسى ، وإذن فلا يكون الوجه المزبور دليلاً على اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول .

وعلى الأجمال : إن العقد عبارة عن اتصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر ، وشده به ، مع وجود مظهر لكل منهما في الخارج ، فإذا فرضنا أن البائع قد اعتبر المبادلة في نفسه ، وأبرزه في الخارج ، وبقي على اعتباره حتى انضم إليه اعتبار المشتري المبرز مقبولة ، فكيف لا يصدق عليهما العقد ؟ وهل الانفصال بين حدوثي الاعتارين ، أو بين اللفظين يضر بصدق العقد مع فرض بقاء البائع على اعتباره ؟

نعم إذا فرضنا أن البائع رجع عن إعتاره قبل قبول المشتري لم يتحقق العقد في الخارج ، لكنه خارج عن محل كلامنا وعليه الفصل بين الإيجاب والقبول اللفظيين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولاً لأية وجوب الوفاء بالعقد . وهذا ظاهر .

٢ - ما أفاده شيخنا الأستاذ من ( أنه لما كان فيها - : أى في العقود العهدية المماوصية كالبيع ، وما يلحق بها كالنكاح - حلع ولبس ، أو إيجاد حلقة ، فلا بد أن يكون مقارناً للحلع لبس ، وهكذا مقارناً لإيجاد الحلقة قبول ، وإلا يقع الإصافة ، أو العلقه بلا محل ومضاف إليه ) .

ويرد عليه : أن هذا الوجه يقتضى استحالة تحقق العقد مع وجود الفصل بين الإيجاب والقبول ، ولأرم ذلك أن لا يوجد عقد في العالم ، لأنه لا يتحقق إلا بوجود الفصل بين إيجابه وقبوله - ولو بزمان قليل - ومن البين أنه لا يفرق - في استحالة الفصل بينهما - بين أن يكون الفاصل هو الزمان الفصير ، وبين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل . وهذا بين لا ريب فيه .

والحل أن الحلع واللبس - في اعتبار البائع - ليس على وجه الإطلاق

وإلا تحقق ذلك قبل تحقق القول ، مع أنه لا يتحقق قبله حق في اعتبار نفس البائع فضلاً عن إمضاء العقلاء ، أو الشارع .

بل الخلع واللبس في اعتبار البائع معلق على قبول المشتري ، وعلى فرض تحققه . وعليه فالخلع مقارن باللبس دائماً ، سواء أتحققت الموالاة بين الإيجاب والقبول ، أم لم تتحقق .

أضف إلى ذلك قيام السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول ، لأننا نرى بالعيان . ونشاهد بالوجدان : أن بعض الناس يرسل هدية إلى صاحبه من البلاد النائية وأن تلك الهدية إنما تصل إلى المهدى إليه معددة طويلة - كشهر أو شهرين - ولا شبهة في أن هذه هبة قد وقع الفصل الطويل بين إيجابها وقبولها ، ولم نسمع من أحد أن يناقش في صحتها ، مع أنها من العقود .

وتدل أيضاً على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول قصة مارية القبطية عليها السلام الموهوبة للنبي (ص) (١) حيث إنه وقع في تلك القصة فصل طويل بين إيجاب الهبة وقبولها ، ومع ذلك لم يحكم النبي (ص) بفسادها فيكشف من ذلك عدم اعتبار الموالاة بينهما ، وإذا جاز ذلك في الهبة جاز في غيرها ، لعدم القول بالفصل ظاهراً .

ودعوى : أن الهبة في القصة المزبورة هبة معاطانية ، وبحشائنا في العقود اللفظية ، دعوى جزافية ، إذ لا وجه للتفكيك بينهما في ذلك . كما أن دعوى كون الإيجاب من رسول المالك ، والقبول من النبي (ص) دعوى فاسدة لأن

(١) قد روي : أن النجاشي ملك الحبشة - بعدما تشرف بالإسلام - بعث إلى النبي (ص) بهدايا ، وبعث إليه مارية القبطية أم إبراهيم عليها السلام ، وبعث إليه بشباب وطبيب كثير وفرس - البحار ج ٦ باب ٣٤ الهجرة إلى الحبشة ص ٤٠٦

الظاهر أن الموجب هو نفس المالك لا غيره .

وقال شيخنا الاستاذ : (إن جميع هذه الأفعال الصادرة من الواسطة كأنها صادرة من الموجب ، فهو بمنزلة من كان في المشرق ، وكانت يده طرقة تصل إلى المغرب . فقد يده وأعطى شيئاً لمن كان في المغرب فإن فعله يتم في زمان وصول يده إلى المغرب ) .

ولكن هذا لا يستقيم ، للفرق الواضح بين ما نحن فيه ، وبين المثال المزبور ، بداهة أن المهدي — في مورد السيرة — ربما يففل عن هديته في زمان وصولها إلى المهدي إليه ، وعندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول والواسطة منزلة فعل المرسل .

وهذا بخلاف المثال المزبور ، فإن المهدي — في ذلك — بنفسه متصد لايجاد المقد ، وإنشائه ، من دون أن يفصل فاصل بين إيجابه وقبوله ، لأن طول اليد لا يخرج الفعل الواحد عن وحدته .

وأيضاً يدل على عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول قيام السيرة بين التجار المتدينين على معاملة بعضهم بعضاً بالكتابة والبرقية ، مع تحلل الفصل الطويل بين إيجابها وقبولها . ولم يناقش أحد في صحتها .

ودعوى وجود الفارق بينها وبين المعاملات الشفاهية ، وأن السيرة غير جارية في الثانية ، دعوى جزافية .

وأيضاً يدل على جواز الفصل بين الإيجاب والقبول لحوى ماورد ( ١ ) في جوار جعل المهر شيئاً من القرآن . بناء على أن القبول — في الرواية — هو قول الصحابي زوجتها ، والإيجاب هو قوله ( ص ) بعد فصل طويل : زوجتكما على ما معك من القرآن . وإذا جار ذلك في النكاح جاز في غيره بالآلوية

ويضاف إلى ذلك كله : أنه لا دليل على اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول . ودعوى الإجماع عليه ، دعوى باطلة ، إذ لا علم لنا بوجود إجماع تعبدى - هنا - لكي يكون كاشعاً عن رأى المعصوم ( ع ) .  
وعليه فإذا تحقق الإيجاب والقبول في الخارج مع وجود الفصل بينهما وصدق عليهما عنوان العقد كان ذلك مشمولاً للمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . وهذا بديهي لا خفاء فيه .

## هل يعتبر التنجيز في العقود؟

قوله : ( ومن جملة الشروط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد ) . أقول : تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً . كاقتران العقد بما يدل على التوقف صريحاً بأن يقول : البائع بعثك هذا إن جاء زيد ، أو إن كان هذا اليوم يوم الجمعة .

وقد يكون ضمياً ، كما إذا لم يذكر في الكلام ما يدل بصراحته على الاشتراط والتوقف ولكن يستفاد ذلك منه ضمناً : كقول البائع بعثك داري يوم الجمعة ، فإن الصيغة وإن كانت غالية عن التعليق ظاهراً ، ولكنه عطوي فيها ضمناً ، لأن تقديرها بعثك داري إذا جاء يوم الجمعة . وعندئذ لا ينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملاً على أداة الشرط ونحوها مما يدل على التعليق . بل مدار البحث - ها - على استفادة التعليق من الصيغة بأي وجه كانت الاستفادة .

ثم إن مركز البحث في المقام إنما هو تعليق المنشأ على شيء . كقول أحد الشخصين لصاحبه : أنت وكيلي في بيع داري إن قدم زيد من سفره ،

حيث إن الوكالة ليست بمعلقة بل هي معلقة على قدوم زيد من سفره .  
أما إذا كان الانشاء والمنشأ كلاماً مطلقين ، وكان التعليق في متعلق  
العقد فقط ، فهو خارج عن محل البحث جزئاً .

ومثال ذلك : أن يوكل أحد غيره - في أمر - مطلقاً ومنجزاً ، ولكن  
كان متعلق الوكالة أمراً خاصاً ، يتوقف حصوله - في الخارج - على تحقق شيء  
آخر ، كأن يقول الموكل لوكيله : أنت وكيل في بيع دارى يوم الجمعة بأن  
كان يوم الجمعة قيداً للبيع ، لا للوكالة . ومثله : أن يقول : أنت وكيل على  
وجه الاطلاق ، ولكن لا تصرف في أموالى إلى وقت معين - كقدوم الحاج  
مثلاً - أو إلى حصول شرط خاص .

ومن هنا يجوز للرجعة أن تشترط على زوجها - في عقد الزواج - أن  
تكون وكيله في طلاق نفسها مطلقاً ومنجزاً أو يكون أعمال الوكالة مشروطاً بعدم  
الاتفاق أو بالموافقة إلى ذلك أو غير ذلك فإن هذا كله لا يرتبط بالعقود المعلقة .  
ثم إن المغروس في كلمات الفقهاء ، والمسطور في كتبهم : أن التعليق  
في الحلة يجمع على بطلانه ، وإنما الكلام بينهم في تعيين معقد الاجماع .  
فقد صرح باعتبار التجيز في العقود الشيخ ، والعلامة ، والمحقق ،  
والشهيد ، وغيرهم .

بل عن العلامة - في التذكرة - : أنه يجب كون الوكالة منجزة عند  
علمائنا وحكى عنه أيضاً دعوى الاجماع على عدم صحة أن يقول الموكل : أنت  
وكيل في يوم الجمعة أن تبسع عبدى وعلى صحة قوله : أنت وكيل ، ولا تبسع  
عبدى إلا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً .

وفرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء - بعد اعترافهم بأن الصورة  
الثانية أيضاً في معنى التعليق - : بأن العقود المطلقة من الشارع مشروطة بضوابط

فلا تقع بدونها وإن أفادت فائدتها .

وعن المحقق والشهيد الثانيين - في جامع المقاصد والمسالك في مسألة إن كان لي فقد بعته - . أن التعليق ينافي الانشاء في العقود والايقاعات ، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول .

وعن غير الأسلام - في شرح الارشاد - : أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية ، وكذا سائر العقود ، جائزة كانت ، أو لارمة .  
وعن غاية المرام : أنه لا خلاف فيه .

وفي الجواهر : شرطها - أي الوكالة - أن تقع منجزة كغيرها من العقود بلا خلاف أجده ، بل الاجماع يقسمه عليه .

وفي مفتاح الكرامة : والدليل على ذلك - بعد الاجماع نقلا ونخصيلا - أن الأصل عدم جوار الوكالة ، خرجت المنجزة بالاجماع ، وبعض الأحبار وبقي الباقي .

وقد أشار الشيخ - في الخلاف - إلى الأصل الذي ذكره في مفتاح الكرامة . وقال : إذا قال : إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك في البيع ، فإن ذلك لا يصح ، دليلا : أنه لا دليل على صحة هذا العقد ، وعقد الوكالة يحتاج إلى دليل .

ولكن حكى التأمل في ذلك عن الكفاية ، لأنه غير مرتبط بدليل واضح ولعله تبع في تأمله هذا للمحقق الأردبيلي .

بل صرح المحقق القمي - في جامع الشتات - بأن التعليق في الوكالة لا يضر صحة عقد الوكالة .

وعلى الاجمال . إن ظاهر جملة من العبائر : هو بطلان التعليق في العقود والايقاعات على وجه الاطلاق ، وظاهر جملة اخرى منها : أنه يحكم بطلان



التعليق فيها إذا كان المعلق عليه أمراً مجهولاً ، كما عرفته عن المحقق والشهيد الثانيين ولاستيضاح هذا الاختلاف ، وبيان حكم التعليق ، قد تصدى المصنف لذكر أقسام التعليق .

وحاصل كلامه : أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم الحصول ، أو محتمل الحصول .

وعلى كلا التقديرين ، فاما أن يكون طرف الحصول هو الحال ، أو الاستقبال .

وعلى التقادير الأربعة . فاما أن يكون الشرط - الذى يذكر فى العقد تصريحاً أو تلويحاً - مما لا تتوقف عليه صحة العقد ، كالتعليق على الصفة التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد ، وسواءً .

وإما أن يكون الشرط مما تتوقف عليه صحة العقد :

كأن يكون المبيع مما يصح تملكه شرعاً : بأن لا يكون محرراً ، ولا حزيراً أو يكون مما يصح إخراجُه عن الملك : بأن لا يكون وفقاً ، ولا أم ولد أو يكون المشتري ممن يصح تملكه : بأن لا يكون عبداً .

أو يكون البائع ، أو المشتري ممن يجوز معه العقد : بأن لا يكون صبيهاً ولا مجنوناً ، ولا سفياً ، - وهو الذى يصرف أمواله فى المصارف اللائقة - وإذن فأقسام التعليق ثمانية . انتهى ملخص كلام المصنف مع التوضيح الإجمالى والصحيح : أن يقسم التعليق إلى اثني عشر قسمًا : بأن يقال : إن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق ، أو يكون محتمل التحقق .

وعلى كلا التقديرين ، فاما أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً ، أو أمراً استقبالياً .

وعلى التقادير الأربعة ، فاما أن يكون الشرط - الذى علق عليه العقد -

دخيلاً في مفهوم العقد ، أو يكون دخيلاً في صحته ، أو لا يكون دخيلاً في شيء منها ، ويعبر عنه بالتعليق بالصفة .

## ما هو حكم التعليق في العقود؟

أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا شبهة في صحته : بأن يقول البائع : إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا ، ويقول المشتري : قبلت ، فإنه لا يتحقق مفهوم البيع إلا بكون المبيع ملكاً للبائع ، فهذا النوع من التعليق أمر ضرورى ، وغير مضر لصحة العقد ، سواء أكان مذكوراً فيه صريحاً ، أم لا . وعليه فلا شبهة في صحة التعليق في أربعة من تلك الأقسام المذكورة :

١ - أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً ومعلوم الحصول ، كقول الزوج لزوجته : إن كانت هذه زوجتى فهى طالق ، ومن الواضح أن عنوان الزوجية دخیل في صدور الطلاق من الزوج .

٢ - أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً ومعلوم الحصول في ظرفه ، كما إذا قال البائع للمشتري : سنك دارى إن قبلت مع عليه بأن المشتري يقبله .  
٣ - أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً مع الجمل بتحقيقه ، كما إذا قال رجل لامرأة : إن كانت هذه زوجتى فهى طالق مع جملة بانها زوجته .

٤ - أن يكون المعلق عليه أمراً استقبالياً ومجهول التحقق في ظرفه ، كما إذا قال أحد المتبائعين لصاحبه : سنك هذا المتاع بكذا إن قبلت مع احتمال أن لا يقبله صاحبه .

ولاريب في صحة التعليق في جميع هذه الصور الأربع ، بديهية أن

ذكر الشرط في الصيغة بصورة التعليق وعدمه بيان ، لأن التعليق في الكلام لا يزيد على الواقع بشئ ، ضرورة أن واقع العقد ومفهومه معلق على الأمور المذكورة بحيث لو لاها لم يتحقق - في الخارج - مفهوم العقد أو الإيقاع أصلاً ورأساً .

أما التعليق على ما يكون دخيلاً في صحة العقد دون مفهومه فهو أيضاً على أربعة أقسام .

١ - أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول في الحال ، كقول البائع : إن كان هذا الشيء مما يملك فقد بعته بكذا درهما ، مع علم البائع بكون ذلك الشيء مما يملك .

٢ - أن يكون المعلق عليه معلوم التحقق في المستقبل ، كالسلم والتسلم في بيع الصرف والسلم ، كقول البائع للمشتري بعتك هذه الذرة من الذهب بكذا درهما إن أخذتها وسلمت إلى الثمن .

٣ - أن يكون المعلق عليه حالياً ومجهول التحقق ، كالبلوغ والعقل وعدم الفلاس .

٤ - أن يكون المعلق عليه استقبالياً ، ومجهول التحقق ، ولا ريب في أن هذه الأقسام الأربعة من أقسام التعليق لا توجب بطلان العقد أيضاً ، لأن صحة العقد واقعة متوقفة على الجهات المزبورة . واذن فذكر المعلق عليه - في تلك الأقسام - وحذفه بيان .

وعلى الجملة : إنه لا شبهة في صحة العقد الذي كان مطلقاً على ما تنزهت عليه صحته . بل هذا هو المتعارف بين الناس كثيراً . ولا سيما فيما إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول ، لأن ذلك العقد مشمول للعمومات ، ولم يدل دليل على بطلان التعليق - هنا - لكي يكون ذلك الدليل محضاً لتلك العمومات

وهذا هو الحجر الأساسى ، والركن الوثيق وصحة التعليق فى موارد الزبورة  
لا ما ذكره الشيخ فى المسوط . من أن المئشئ لم يشترط إلا ما يقتضيه  
إطلاق العقد ، فإذا اقتضاء الإطلاق لم يضر إظهاره بصورة الشرط ، كما لو  
شرط كل من المتبايعين على صاحبه تسليم الثمن أو المئشئ ، أو ما أشبه ذلك ،  
لأن ما أفاده وإن كان لا بأس به فى نفسه ، ولكنه لا يدفع عنزور التعليق  
- لو كان فيه محذور - ومن هنا أورد عليه المصنف ، وقال صا : ( إن المعلق  
على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد ، دون انشاء  
مدلول الكلام - الذى هو وظيفة المتكلم - فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق  
فى الواقع على شيء ، والمعلق على شيء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شيء ،  
بل ولا منجزاً ، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام ) .

أما التعليق على الصفة - التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد ، ولا فى  
صحته - فهو أيضاً على أربعة أقسام .

١ - أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فعلاً ، كأن يقول البائع  
المشتري : إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعثك دارى ، مع عليه بأن هذا  
اليوم يوم الجمعة ، وهذا لا شبهه فى صحته ، ولا فطن أن يتفوه أحد بفساد البيع  
فى هذه الصورة من ناحية التعليق . فإن المضر بالعقد إنما هو واقع التعليق ،  
لا التعليق الصورى . وما نحن فيه من القبيل الثانى ، دون الأول .

٢ - أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى المستقبل ، وهو على  
قسمين ، لأن إيقاف البيع عليه قد يكون من قبيل الاشتراط : بمعنى أن البائع  
يشئ المبادلة فى ظرف تحقق ذلك الأمر المتأخر : بأن يقول : بعثك دارى  
إذا دخل شهر رمضان ، ويريد من ذلك تحقق البيع من حين دخول شهر  
رمضان ، لا من الآن .



## ما استدل به على بطلان التعليق في العقود

قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق في العقود بوجوده شتى :  
الوجه الأول : دعوى الاجماع على ذلك ، حيث ادعاه غير واحد من  
الفقهاء ، وقد عرفت كلماتهم قريباً .

ويتوجه عليه : أن الاجماع إما يكون حجة مع القطع بكونه مستنداً  
إلى رأى الإمام (ع) ومن المحتمل القريب أن المجتهدين قد استندوا في دعواهم  
الاجماع - هنا - إلى الوجوه الاعتبارية التي استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق  
الوجه الثاني : أن التعليق في العقود أمر غير معقول ، وعندئذ لا يوجد عقد  
تعلقى - في الخارج - لكي يبحث عن صحته وفساده ، فلا بد من إيجاده منجزاً .  
ويتوجه عليه : أن المستحيل إما هو التعليق في الانشاء ، بديهية أن  
الانشاء - بأى معنى كان - قد فرض وجوده في الخارج ، وعليه فلا يعقل  
تعلقه على شئ ما ، لأن ما وجد في الخارج يمتنع عدمه ، فكيف يمكن أن  
يكون موجوداً على تقدير ، ومعدوماً على تقدير آخر .

وعلى الخلة : إن الانشاء أمر لا يقل التعليق ، بل هو إما أن يوجد ،  
وإما أن لا يوجد . ولكن هذا خارج عن مركز بحثنا ، لأن كلامنا ليس في  
التعليق في الانشاء .

أما التعليق في المشأ - الذى هو محل البحث في المقام - فلا شبهة في  
إمكانه . بل إن وقوعه في الأحكام العرفية والشرعية فوق حد الاحصاء ،  
ضرورة أن الأحكام الشرعية والقوانين العرفية أكثرها من قبيل التقضايا  
الحقيقية ، ومن سنخ الأحكام التي هي مشروطة بوجود موضوعها . وقد وقع

ذلك في العقود والایقاعات على نحو الايجاب الجرقى ، كالوصية ، والتدير ، والتذر ، والعهد ، واليسين .

والحاصل : أن إمكان تقييد المنشأ ، وتعليقه بشئ ، ووقوع ذلك من البدييات . وإنما الكلام في صحة العقد أو الايقاع فيما إذا كان المنشأ فيه مقيداً الوجه الثالث : أن الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقد - كسائر الخطابات الوضعية والتكليفية - أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق موضوعه خارجاً ، ولا ينفك عنه زماناً وهذا يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد فعل لا تعليق فيه إذ لا يتصور الوفاء فعلاً بالعقد التعليقية . وعيه فيكون ذلك خارجاً عن حدود مدلول الآية . والمفروض أنه ليس لها خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء بالعقد التعليقية ، فتكون ماطلة .

وقد أجاب المصنف عن ذلك بوجوه عديدة :

١ - أن ما دل على صحة العقود ولو لمها غير منحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد ، بل تدل على ذلك أيضاً آية حلية البيع ، ودليل السلطنة ، انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه أولاً : أن آية حلية البيع مختصة بالبيع ، فيبقى غيره - من العقود التعليقية - خالياً عن دليل الصحة .

أما دليل السلطنة فهو ضئيف السند ، وغير متجرب بشئ ، على أنه لا يجرى في مثل النكاح .

ثانياً : أن ما ادعاه المستدل - من ظهور آية وجوب الوفاء بالعقد في ترتب الأثر من حين تحقق العقد - يجرى في آية حل البيع ، ودليل السلطنة أيضاً ، فهما يدلان على ترتب الملكية من حين تحقق البيع ، أو عقد آخر ، ولا يدلان على صحة البيع أو غيره من العقود المعلقة .

٢ - أن المراد من العقد هو العهد المطلق أو العهد المشدد وعليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيته فإن كان العقد سحر أو وجب الوفاء به منجزاً أو إن كان معلقاً لم يجب الوفاء إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الشأن في وجوب الوفاء بالذرو والعهد وغيرهما والسر في ذلك : أن أدلة وجوب الوفاء بالعقد أو النذر فائضة إلى وجوب الوفاء بهما بأي نحو تحقق في الخارج ، سواء فيه المنجز والمعلق وعلى الحالة . إن الامضاء الشرعي للعقد تابع لحمل المتعاقدين ، فإذا كان البيع - مثلاً - مطلقاً فآثره الشرعي الملكية المنجزية غير المشروطة بشيء . فإذا كان معلقاً فآثره الشرعي الملكية المعلقة ، وهذا واضح لاستتار عليه . انتهى ملخص ما أفاده . وهذا الوجه متين جداً .

٣ - أنه قد وقع في الشريعة المقدسة تخلف الأثر عن العقد في موارد شتى : كبيع الصرف والسلم والوصية ، والمعاملات المعاطانية ساء على إفادتها الإلحاح مع قصد الملكية . فتسكن العقود المعلقة من تلك المدكورات وعندئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه ، وإلا لزم القول بفساد المعاملات المزبورة ، انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه : أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود ، لأن صحتها من ناحية الدليل الخاص ، فلا مورد للقض .

٤ - أن الدليل المذكور أخص من المدعى ، لأنه إنما يلزم تخلف الأثر عن العقد فيما إذا كان التعليق على أمر غاربي غير دخيل في تحقق العقد كقولك بعثك كتابي هذا بيدنا إن قدم الحاج .

أما إذا كان التعليق على أمر حالي ، كقولك بعثك هذا الكتاب بدرهم إن قبلت ، فإنه حينئذ لا يلزم تخلف الأثر عن العقد . انتهى حاصل ما أفاده . وهذا الوجه أيضاً متين على تقدير أن يلزم القائل - بإبطال التعليق -



بالطلاق في مثل ذلك أيضاً ولكنك قد عرفت أن مثل هذا التعليق خارج عن محل الكلام ، وعليه فلا يتوجه ما أفاده المصنف (ره) .

٥ - أن الدليل المذكور أيضاً أخص من المدعى ، من جهة أنه لا يجرى في التعليق على الشرط الذي يشك في تحققه في الحال فإن تحقق العقد عندئذ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع . وعليه فإن انكشف وجود المعلق عليه في الواقع فيحكم بصحة العقد من حين تحققه ، وإلا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفاً على الشرط ، لكي يلزم منه نكول الأثر عن العقد . انتهى المخلص من كلامه . وهذا الوجه أيضاً لا بأس به .

٦ - أن ذلك الدليل لا يجرى في غير البيع من العقود - التي يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبيعتها - كالوصية والتبني والسق والرمية والجمالة ، ومن البين أن مورد البحث - هذا - لا ينحصر بالبيع ولا أن دليل وجوب الوفاء بالشرط في كل عقد دليل مستقل لكي يلزم في بعضه بحوار التعليق ، وفي بعضها الآخر بعدم جوازها . انتهى الحاصل من كلامه . وهذا الوجه أيضاً لا بأس به .

الوجه الرابع : أن أسباب العقود والایقاعات أمور توقيفية ، فلا بد وأن يقتصر فيها بالمقدار المتيقن ، وهو البب الخالي عن التعليق .

ويتوجه عليه . أنه لا وجه لأخذ القدر المتيقن في أمثال الموارد مديهة أن العمومات والمطلقات إنما تدل على صحة كل ما صدق عليه عنوان العقد . نعم لو كان الدليل على صحة العقود هو الإجماع أو السيرة لكان للتوهم المزبور وجه وجيه .

الوجه الخامس : ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن العمومات الدالة على صحة العقود منصرفة عن العقد المعلق إلى العقد المنجز بديهية أن التعليق ليس بما جرى عليه أهل العرف والعادة في عهودهم المتعارفة وعقودهم المرسومة بين عامة الناس - وإن

مست الحاجة اليه أحياناً في العقود الواقعة بين الدول والملوك - وعليه فلا تكون العقود المعلقة مشمولة لأدلة صحة العقود ، للشك في صدق عنوان العقد عليها عرفاً .

والجواب عن ذلك : أن هذا الوجه ممنوع كبرى وصغرى : أما الوجه في منع الكبرى فلا أن الانصراف لو صح - فإما يتم في المطلقات ، بدعوى أن ثبوت الاطلاق فيها إما هو بمقدمات الحكمة ، فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفاً في الخارج ، ومتساوي الأقدام مع بقية الأفراد كان ذلك قادحاً في انعقاد الاطلاق للمطلق ، بديهية أن عدم تساوي الأفراد شيء يصلح للقريبية على عدم إرادة الاطلاق ، وإذن فلا يصح التمسك به في أمثال ذلك .

الا أن هذه الدعوى لا تجرى في المصومات الدالة على صحة كل عقد ، لأن التمسك بها غير مشروط بوجود مقدمات الحكمة ، إذ العموم فيها إنما هو بحسب الوضع - على ما حقق في محله - وعليه فلا مانع من كون العقود المعلقة مشمولة لتلك المصومات .

أما الوجه في منع الصغرى فلا ما لو سلمنا وجود الانصراف ، ولكن لا نسلم كون العقود المعلقة من العقود غير المتعارفة ، ضرورة أنها واقعة في العرف كثيراً ، كتعليق البيع على إجازة الأب ، أو الصديق ، أو الجار أو غير ذلك . وقد تقدمت الإشارة إلى هذا قريباً .

ونتيجة البحث : أنه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق ، لكي يكون ذلك الدليل مخصصاً لأدلة صحة العقود ، وعليه فالعمدة في المقام هو الاجماع فإن تم فهو ، وإلا فالرجع هو المصومات والاطلاقات - وقد عرفت عدم تمامية الاجماع في المقام ، ومن هنا جزم المحقق القمي بصحة الوكالة المعلقة . وحكي التامل في بطلانها عن المحقق الأردبيلي والكفاية على ما عرفته في

## هل يعتبر التطابق بين الإيجاب والقبول؟

قوله : ( ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول ) أقول  
التطابق بين الإيجاب والقبول يتصور على أنحاء :

١ - أن يكون ذلك من ناحية عنوان المعاملة : بأن يقول أحد المتعاملين  
لصاحبه : بعثك دارى بكذا ، ويقول صاحبه : قلت البيع بكذا ، فلو قال:  
قبلت الهبة بكذا لبطال العقد ، بديهة أن العقد أمر وحداني مركب من  
الإيجاب والقبول ، فإذا أنشاء أحد المتعاملين البيع ، وقبل الآخر الهبة ، لم  
يرتبط كلام أحدهما بالآخر ، فلا تتحقق بينهما معاهدة ومعاهدة ، بل يكون  
عهد كل منهما بعيداً عن عهد الآخر ، ضرورة أن ما أنشاء الموجب لم يقبله  
القابل ، وما قبله القابل لم ينشئه الموجب .

ومن هنا قال شيخنا الأستاذ : إن اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول  
من القضايا التي قياساتها معها .

٢ - التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية المبيع : بأن يقول أحد  
المتبايعين لصاحبه : بعثك عبدي بكذا ، ويقول الآخر قبلت هكذا . ولو قال  
قبلت يسع الجارية . بكذا لبطال العقد ، لما عرفته قريباً من أنه مع الاختلاف  
بين الإيجاب والقبول - لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر ، لكي يتحقق  
هنا عقد مركب من الإيجاب والقبول .

٣ - التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري ، فلو قال  
زيد لعمرو : بعثك دارى بكذا ، ويقول عمرو : قبلت البيع لخالد ، أو يقول

خالد : قبلت البيع لنفسى بكذا لبطال العقد ، لعدم ورود الإيجاب والقبول على مورد واحد ، كما عرفته في القسمين السابقين .

وقد يتوهم : أن اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول في الصورة الثالثة يتنافى لما أسلفناه في تعريف البيع ، من أنه تبديل عين عوض في جهة الإضافة ضرورة أن مقتضى هذا التعريف هو أن لا يلاحظ البائع الخاص ، ولا أن يلاحظ المشتري المعين في تحقق مفهوم البيع ، بل مقتضى التعريف المبرور أن لا يلاحظ في ذلك كون البائع مالكا للبيع ، وكون المشتري مالكا للثمن ومن هنا نحكم بصحة لمعاملة الفضولية .

ولا يقاس البيع - في ذلك - بالكاح ، إذ لا بد في النكاح من التطابق بين الإيجاب والقبول بالنسبة إلى الزوجين ، فإن منزلتهما - في عقد الزواج - منزلة العوضين - في البيع - وقد عرفت اعتبار التطابق فيه بين الإيجاب والقبول من ناحية العوضين .

ولكن هذا التوهم فاسد ، ضرورة أن التعريف المذكور إنما يقتضى عدم اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول بالنسبة إلى البائع الخاص والمشتري الخاص فيما إذا كان المرصان من الأعيان الخارجية .

أما إذا كان أحدهما كلياً في الدمة ، فإنه عندئذ لا بد من اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري ، ضرورة أن ذمم الأشخاص مختلفة بحسب قوة الوثاقة وضعفها ، إذ رب شخص لا يعتمد عليه في الأمور الحقيرة ، ورب شخص تطمئن إليه الفرس في الأمور الخطيرة .

وعليه فإذا باع ريد متاعه من عمر خمسين ديناراً في الدمة ، فإنه ليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره ، ولا لغيره أن يقبله لنفسه ، ضرورة أن ذمة عمرو غير ذمم بقية الأشخاص ، فالارتضاء بالآولى لا يستلزم الارتضاء

ببقية الدمع ، وإذن فالاحلال بالتطابق في الصورة الثالثة أيضاً موجب للبطلان في الحقيقة يرجع اعتبار التطابق في هذه الصورة إلى اعتبار التطابق في الصورة الثانية .

٤ - التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد فإذا خالف الإيجاب القبول في ذلك قبل بصفة العقد حيثئذ ، وثبت الخيار للشروط له ، طرأ إلى أن الشرط لا يرتبط بالعقد ، وإنما هو التزام في التزام آخر .

الا أن الصحيح بطلان العقد مع عدم التطابق في هذه الصورة أيضاً . والوجه في ذلك : ما ذكره في مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط في العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء ، أو إلى تعليق لزومه على شيء ، أو تعليقهما معاً أما الأول فكاشتراط شرط في عقد الزواج أما الثاني فكاشتراط الكتابة في العقد المبيع ، أما الثالث فكاشتراط عمل في البيع ونحوه .

ونذكر في المبحث المذكور : أن تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار ، وجعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المشأ ، وفي جميع ذلك يكون عدم التطابق موجباً للبطلان .

٥ - التطابق بين الإيجاب والقبول في أجزاء المبيع والنمن ، وعليه فلو قال البائع : بعك دارى خمسين ديناراً ، وقال المشتري : قبلت البيع في نصف المبيع بحمسة وعشرين ديناراً فقد حكم شيخنا الاستاذ بطلان البيع في هذه الصورة أيضاً .

واليك نص مقرر بمحله : ( وما ذكرنا طهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوسع والشروط ، ولو أنشأ أحدهما مع شرط ، وقيل الآخر بلا

شرط ، أو باع البائع عيدين ، وقبل المشتري أحدهما وغير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضاً ، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر .  
أقول : إن مرجع بيع الدار بمحسين ديناراً إلى بيع كل نصف منها بخمسة وعشرين ديناراً ، مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر ، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم المطابقة من جهة الشرط ، وقدم حكمه

## هل يجوز الانشاء لاحد المتعاقدين

حال كون الآخر فاقداً لشرائطه ؟

قوله : ( ومن حلة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء ) . أقول : قد اعتبر المصنف - في صحة العقد - وقوع كل من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكل من المتبايعين الانشاء في تلك الحال ، وعليه فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول ، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية الإيجاب لم ينعقد العقد بينهما ، لأنه عندئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر ، فلا تتحقق المعاهدة والمعاينة بينهما بوجه .

وقال شيخنا الاستاذ : إن هذا الشرط - كما نرى - من القضايا التي قياساتها معها ، بديهية أن العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين ، فإذا اتفق شرط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد . ولا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده وعلى هذا فلو نام المشتري حين إنشاء البائع أو بالعكس لم يصح العقد ودعوى الصحة في العقود الجائرة ، دعوى جزائية ، لأن القول بالصحة إنما هو في العقود الاذنية فقط ، دون العقود العهدية . انتهى ملخص كلامه .

ح ٣ هل يجوز الانشاء لاحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقداً لشرائطه ٧٥

ويترجحه عليه : أن العقد ليس من مقولة الأعمال ولا من مقولة الألفاظ الخارجية ، ولا من الاعتبارات النفسية المنحصر ، بل هو عبارة عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر ، وإظهاره بمبرز خارجي ، ولا شبهة في صدق عنوان العقد على هذا ، فيكون مشمولاً للمعمومات والمطلقات ، ولم يدل دليل من السكتات ، والسنة ، والاحكام ، والسيرة على كون كل من المتعاقدين واجداً لشرائط الانشاء عند إنشاء الآخر ، بل الدليل إجماعه على اعتبار صدور الانشاء من الواحد لشرائط الانشاء ، دون اتفاقهما .

وقال الفقيه الطباطبائي - عند قول المصنف : ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الانشاء - : إنه (لادليل على هذه الكلية ، وعدم صدق المعاقدة والمعاودة إنما يتم في بعض الفروض ، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغناء أو النوم أو الجون ، وأما في بقية الصور فنمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك ، وأن المشتري يقبل لا محالة ، وكذا فيما إذا كان المانع هو لعلس أو السرقة أو السفه ) .

ولكن التحقيق يقتضي الالتزام بالصحة إذا فقد المشتري شرائط صحة الانشاء حال إنشاء البائع ، وبالفساد في عكسه والوجه في ذلك : أن المناط في تحقق العقد إجماعه ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - وقد عرفته سابقاً - وعيه فاذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائماً - أو غافلاً أو معي عيه ، ثم لتفت المشتري إلى هذا الانشاء قبله قبل صدور ناسخه من البائع - صدق عليه عنوان العقد جزئياً ، ويحكم بصحته للمعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود .

بل تدل على ذلك السيرة الواقعة بين التجار ، لأن المتعارف فيما بينهم

- طالباً - أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الحاص بقيمة معينة، ويقبله للكتاب إليه ، مع أنه ربما يكون - عند كتابة البائع - قائماً أو غافلاً أو مجنوناً ، ولا شبهة في صحة هذه المعاملة .

أما إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الانشاء عنه ، ولا يتصل التزامه بالتزام المشتري ، إلا في مثل الترم والنظف ، فانهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيرة المبرورة . وهذا واضح لا شك فيه .

## بحث استطرادي في حقوق الرضاء بالبائع الاكراهي

قوله : ( ثم إنهم صرحوا بحوار لحوق الرضاء ببيع المكر ) . أقول : حاصل كلامه : أن ما ذكرناه - من اعتبار أن يكون كل من المتعاقدين واجداً للشرائط عند تحقق الانشاء من الآخر - يقتضي بطلان عقد المكره سواء أُلحق به الرضاء من المكره - بالفتح - أم لا ، ولكن التزم الأصحاب بصحة ذلك مع لحوق الرضاء به . ولعل هذا من جهة الإجماع القائم على خلاف الأصل والقاعدة .

ويترجعه عليه : أن يبيع المكره المتعقب بالرضاء - وإن خرج من القاعدة للزبورة - إلا أن خروجه عنها ليس من جهة الإجماع ، بديهية أن الإجماع لا يصح صدق عنوان للعقد على ما ليس بعقد عرفاً . وإنما الوجه في صحة بيع المكره - مع لحوق الرضاء به - هو أن الاختيار له معنيان :



١ - أن يستند الفعل الصادر من الفاعل إلى إرادته ، ويقابله صدور الفعل منه بلا اختيار وشعور ، كحركة المرتعش .

٢ - أن يراد من الاختيار تسلط الفاعل على فعله ، ويقابله كونه مجبوراً فى فعله ومكرهاً عليه من ناحية شخص آخر .

أما الاختيار بالمعنى الأول فلا شبهة فى اعتباره فى العقود ، لأننا ذكرنا مراراً : أن حقيقتها - بل حقيقة جميع الأمور الانشائية - متقومة بالاعتبار النفساني المظهر ببرز خارجي ومن الواضح جداً أنه إذا اتنى القصد والالتفات من المتعاقدين اتنى منهما الاعتبار النفساني ، وإذن فيكون اللفظ الصادر منهما لفظاً ساذجاً ، وغير مظهر للاعتبار النفساني . ومن البين الذى لا ريب فيه أن اللفظ الساذج بعيد عن مفهوم العقد .

أما الاختيار بالمعنى الثانى فلا دليل على اعتباره فى حقيقة العقد ضرورة أن الإرادة والاختيار - بهذا المعنى - من الأمور النفسية التى لا تطلع عليها غير هلام العيوب ، وعليه فلا يعقل أن تقع مورداً للاجبار .

ومن هنا ذكر المصنف - فى البحث عن جواز الكذب عند الضرورة - أن المكره على إنشاء العقود إنما اكره على التلغظ بصيغة البيع ، ولم يكره على إنشاء حقيقة البيع ، فالأكره على البيع للحقيق يختص بغير التقادر على التورية ، كما أن الاضطراب على الكذب يختص بالماجر عنها .

وعليه فإذا كان شخص مكرهاً على البيع ، ولم يور - مع قدرته على التورية - فقد أوجد البيع بإرادته واختياره . انتهى ملخص كلامه .

أما ما أجاب به المصنف عن ذلك فى البحث المذكور فهو لا يرجع إلى معنى محصل فراجع هناك .

وكيف كان أن المكره على البيع - مثلاً - إنما اكره على التكلم بكلمة

نعت من غير أن يجبر على قصد معناه . وحينئذ إذا تكلم بذلك مع القصد والالتفات إلى المعنى كان هذا يبعاً حقيقة ، لأن شأن الأمور الانشائية في ذلك شأن الأفعال التكوينية . فكما أن المكروه على إيجاد فعل تكويبي في الخارج لا يخلو عن القصد والارادة ، - ولا يكون الفعل الصادر منه كالفعل الصادر من النائم والساهي والمجنون وأمثالهم - كذلك الحال في الأفعال الانشائية .

نعم صحة العقود والايقاعات تدور مدار صدورها من المنشئ في حال الرضاء ، وطيب النفس ، للأدلة الدالة على ذلك ، وإذا انتفى الرضاء فسدت العقود والايقاعات ، ولم يترتب عليها أثر شرعي أصلاً .

وعلى الاجمال : إن اعتبار الرضاء في صحة العقود والايقاعات اعتبار شرعي ، وليس ذلك من جهة دخله في مفهوم العقد وإنما يلزم بعض العامة (١) بصحة عقد المكروه ، ضرورة أن ما لا يصدق عليه مفهوم العقد لا يمتثل أن يكون عقداً صحيحاً .

وعلى هذا الضوء فصحة بيع المكروه مع حقوق الرضاء به ليست من جهة الاجماع ، بل من جهة موافقته للقاعدة .

حيث إنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضاء إلا اعتباره على النحو الجامع بين المقارن واللاحق ، وسيأتي توضيح ذلك في البحث عن بيع المكروه وهذا بخلاف المعاملات الصادرة من المجنون والعاص والمغنى عليه وأشباهم ، فإنه لا يمكن تصحيحها بلحوق رضاءها ، إذ لا يصدق عليها أى عنوان من عناوين المعاملات ، ولا ينطبق عليها أى مفهوم من مفاهيمها . بل لا يصح أن يطلق عليها أى اسم من أسماء العقود والايقاعات ، إلا أن يكون الاطلاق بنحو من العناية والمجاز .

(١) سذكر ما ذهب اليه هذا البحث في البحث عن بيع المكروه .

وأيضاً يدلنا أمران على دخول الرضاء - بالمعنى الثاني - في صحة العقد ،  
لا في مفهومه :

١ - أنه لو كان شخص مكرهاً على إجراء الصيغة لعقد خاص لحكم بصحة ذلك العقد ، ومن الطاهر أنه لو كان فعل المكره كفعل المجنون وشبهه لحكم بفساده ، بل حكم بعدم صدق عنوان العقد عليه .

٢ - أنه قد استدل الإمام ( ع ) - في صحيحة البرزطي ( ١ ) - بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره وعتاقه وصدفته ، ومن البين الذي لا ريب فيه أنه لو لم تصدق عليها هذه العناوين لحكم الإمام ( ع ) بالبطلان من جهة عدم تحقق العناوين المذكورة في الخارج ، ولم يحكم بعدم صحتها من جهة حديث الرفع ، بديهة أو التعليل بالأمر الذاتي أولى من التعليل بالأمر العرضي وسياق تفصيل هذه المسألة في البحث عن بيع المكره إنشاء الله تعالى .

## بحث في اختلاف المتعاقدين في شروط العقد

قوله ٠ ( فرع لو اختلف المتعاقدان - اجتهداً أو تقليداً - في شروط الصيغة ) . أقول : إذا اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة فهل يصح اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا بد من أن يأتي كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما ؟

أم يعتبر في ذلك أن لا يكون العقد الصادر منهما مما لا قائل بكونه سبباً للنقل والاقبال ؟

مثلاً : إذا فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب - مع القول بجواز إنشاء العقد بالألفاظ الفارسية - حكم بفساد العقد الفارسي إذا تقدم قبوله على إيجابه ، وفي غير ذلك يحكم بالصحة .

ويتوجه على الوجه الأخير : أن عدم وجدان القائل بالصحة لا يوجب الجرم بالبطلان ، إذ من المحتمل القريب أن يكون العقد الفارسي - الذي تقدم فيه القبول على الإيجاب - موافقاً للواقع ، وعليه فيكون اجتهد كل من المتعاقدين صحيحاً في نفس الأمر .

أما الوجهان الأولان فقد ذكر المصنف ( ره ) أنهما مبنيان على أن الأحكام الظاهرية هل هي بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية لكي تكون نسبة الأمارات القائمة عليها نسبة الأسباب إلى مبيئاتها ، ونسبة الموضوعات إلى أحكامها ؟

أم هي أحكام عنصرية : بمعنى أن العامل بها يكون معذوراً في عمله لا أنها أحكام حقيقية فبالأحكام الواقعية ، عية الأمر يكون العامل بها معذوراً في عمله قبل كشف الخلاف ؟

وعلى الأول فالمتأثر عند أحدهما مؤثر عند صاحبه أيضاً ولو كان أحدهما مخالفاً للآخر .

وعلى الثاني فلا يترتب عليه أثر أصلاً ورأساً ، لأن المشي - وإن رأى ترتب الأثر على إنيائه ، إلا أن صاحبه يراه خطأ في اجتهداه ، ولا غياً في إنيائه ، وحينئذ فلا يترتب عليه الأثر في نظره . هذا كله فيما إذا كان بطلان العقد عند كل من المتعاقدين المتعاقفين مستنداً إلى فعل الآخر ، كالعريضة والصراحة والماضوية والترتيب .

أما الموالاة ، والتنجيز ، وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى

آخر العقد ، فإظهار أن اختلافهما في ذلك يوجب فساد العقد ، ضرورة أن فساد العقد من ناحية الأمور المذكورة يسرى من أحد الجانبين الى الجانب الآخر .

وذلك من جهة أن قبول الانشاء التعليق تعليق ، وأن القبول المنفصل عن الإيجاب بزمان - عند من لا يعتبر التوالى - يوجب الانفصال بينهما عند من يعتبر ذلك ، وأن قبول الإيجاب الصادر عن ليست له أهلية الانشاء يكون معاملة مع شخص خارج عن أهلية الانشاء .

وعلى الأجمال إن فساد أحد جزئي العقد وإن كان لا يسرى الى الجزء الآخر . إلا أن منشأ الفساد ربما يسرى من جزء الى آخر . وهذا واضح لا خفاء فيه . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه أولاً : أنه لا وجه لجعل الترتيب مثل الماصوية والعربية والصراحة ، بل هي مثل الموالاتة والتنجز ، بديهة أن التقدم والتأخر من الأمور المتضارفة ، فإذا تقدم القبول على الإيجاب فقد تأخر الإيجاب عن القبول ثانياً : أن الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية ، وإلا لزم التصويب . وهذا ظاهر .

ثالثاً : أن الاختلاف في طريقية الأمارات ، أو موضوعيتها إنما هو بالنسبة الى من قامت عنده الأمانة ، فانه على القول بالطريقية لا يجوز الاجتزاء بما أتاه المكلف بعد انكشاف الخلاف وعلى القول بالموضوعية يلزم بالاجزاء . وقد تقرر هذا في مبحث الاجزاء من علم الأصول .

أما بالنسبة الى غير من قامت عنده الأمانة فالأكتفاء بمفادها يحتاج الى دليل ليدل على أن الحكم الظاهري في حق كل أحد حكم واقعي نافذ في حق غيره : بأن يقال : إن من كانت صلاته صحيحة ظاهراً - عند نفسه فلا حرج

أن يرتب عليها آثار الصحة الواقعية ، فيجوز الإتيان به .  
ولكن لا دليل على هذه الكبرى الكلية إلا في جملة من الموارد:  
منها ما إذا أسلم الزوجان ، أو زوج الكتاتية حكم ببقاء النكاح السابق  
للاخبار الكثيرة (١) .

ومن هنا ما إذا اعتقد أحد صحة العقد الفارسي ، وتزوج امرأة به لم  
يجز غيره أن يتزوج بهذه المرأة مادامت في حبال الزوج الأول ، للسيرة  
القطعية المتصلة بزمان المعصومين (ع) .

ومها غير ذلك من الموارد التي دل الدليل على أن فعل العامل بالحكم  
الظاهري موضوع للحكم بالنسبة إلى غيره .

ومن هنا لم يناقش أحد من الفقهاء - الملتزمين باعتبار العربية في الصيغة  
في نكاح الأشخاص القائلين بحوار الانشاء بغير اللغات العربية . وكذلك لم  
يناقش القائل باعتبار الماضوية فيها في نكاح القائل بحوار الانشاء بغير الماضي .  
وهكذا في سائر شرائط العقد التي هي مورد لاختلاف الفقهاء رضوان الله عليهم  
والمتحصل من جميع ما ذكرناه : هو أن مجرد كون مفاد الأمانة حكماً  
حقيقياً في حق الموجب ، أو القابل لا يجدي شيئاً في المقام . بل لابد وأن  
يكون ذلك حكماً حقيقياً في حق غيره أيضاً ، لأنه أحد طرق العقد .

وقد ناقش في ذلك بعض مشائخنا المحققين ، ولمنصر كلامه : هو أن  
الأمانة إذا قامت على حكم تكليفي فأقصى ما هناك هو تبدل الواقع بالنسبة إلى  
من قامت الأمانة عنده على الخلاف دون غيره .

وعليه فيمكن أن يكون الشيء حلالاً بالإضافة إلى أحد وحرماً بالإضافة  
إلى شخص آخر - مثلاً - إذا قامت الأمانة على حلية العصير الثرى بالغليان

عند أحد لم يوجب هذا إلا الحلية الواقعية بالإضافة الى من قامت عنده الأمانة على الحلية دون غيره عن لم تقم الأمانة عنده . وإذن فليس لغيره ترتيب أثر الحلية إذا كان من في يده الصير يرى حليته .

وهذا بخلاف الأحكام الوضعية ، فانها إذا تحققت في حق أحد - ولو من جهة قيام الأمانة عنده - تحققت في حق الجميع ، فإذا اشترى - من يرى جواز العقد بغير العرق - شيئاً بالعقد الفارسي حكماً بكونه ملكاً له واقعاً ، بناءً على القول بالسبية والموضوعية . ومع تحقق الملكية واقعاً في اعتبار الشارع - كما هو المفروض - جار لكل أحد ترتيب الأثر على تلك الملكية . وحينئذ فيكون اجتهد أحد نافذاً في حق غيره أيضاً .

ومن هنا لا يكون - في هذه الموارد - كشف خلاف أصلاً ، بل يتبدل الرأي يتبدل الموضوع لا محالة .

وقد اتضح مما بيناه الفارق بين المقام ، وبين ما إذا قامت الأمانة على وجوب صلاة الجمعة - مثلاً - فإن قيام الأمانة وإن كان يوجب - على الفرض - أن تكون صلاة الجمعة واجبة للمصلحة الارامية ، إلا أنه لا يقتضي أن تكون المصلحة الموجودة فيها بدلاً عن المصلحة الواقعية .

وعلى هذا فإذا انكشف الخلاف علم منه أن المصلحة الواقعية باقية على حالها ، فيجب تحصيلها ، وليست - في باب المعاملات - مصلحة لازمة التحصيل لكي يجرى فيها هذا البيان انتهى ملخص كلامه .

أقول : هذا الذي أفاده المحقق المزبور وإن كان متيناً بناءً على السبية إلا أنا ذكرنا - في مبحث الجمع بين الأحكام الظاهرية والأحكام الواقعية من علم الأصول - أن الالتزام بالموضوعية والسبية حتى السبية السلوكية - التي اخترعها المصنف في رسائله - مستلزم للتصويب ، وإذن فلا يمكن الالتزام

ذلك . فلا مناص وقتئذ عن القول بالطريقة المحض في جمل الأمارات ،  
ولارم ذلك هو عدم جوار اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحاً فيحكم  
بالصحة من جانب ، وبالفساد من جانب آخر .

وقد يقال : إن العقد فعل واحد تشريكي يحصل من الإيجاب والقبول ،  
وعليه فلا بد وأن يكون صحيحاً في مذهب كل منهما لكي يمكن ترتب الأثر عليه  
فلا يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسي لمن يرى مطلانه .

وقد يقال أيضاً : إن العقد مركب من الإيجاب والقبول ، فلا يتحقق  
مفهومه إلا بهما ، وحينئذ فإذا صحح من طرف الموجب صحح من طرف القابل  
أيضاً إذ لا يعقل وقوعه صحيحاً من جانب وفاسداً من جانب آخر .

ولكن التحقيق . هو ما ذكرناه . من الحكم بالصحة من جانب وبالفساد  
من جانب آخر . ضرورة أن العقد وإن كان متقوماً بالإيجاب والقبول ، إلا  
أن ذلك لا يقتضي إلا التلزام . في الصحة أو الفساد . بحسب الحكم الواقعي ،  
لأنه لا يمكن الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشتري ، ولا ينتقل الثمن إلى البائع  
أما بالنسبة إلى الحكم الظاهري فلا مانع من الالتزام بالتفكيك : بأن  
يعمل كل من الموجب والقابل بما تقتضيه وظيفته الظاهرية .

مثلاً . إذا كان البائع مقلداً لمن يقول بصحة العقد الفارسي وكان  
المشتري مقلداً لمن يقول بطلان ذلك جاز للبائع أن يتصرف في الثمن ، لأنه  
يراه ملكاً لنفسه ، ولا يجوز له أن يتصرف في المبيع ، لأنه خارج عن  
ملكه في نظره .

أما المشتري فلا يجوز له التصرف في المبيع ، لأنه لا يراه ملكاً لنفسه  
بل يراه ملكاً للمالك الأول .

ولا عجب في ذلك ، لأن التفكيك في الأحكام الظاهرية بما لا يخص ،



فال ماء القليل يفعل بالنجاسة عند بعض ، ولا يفعل بها عند بعض آخر ، وماء البئر يفعل بملاقة النجس عند قوم ، ولا يفعل بها عند قوم آخرين ، والفسالة محكومة بالنجاسة عند فقيه ، وبالطهارة عند فقيه آخر . وإلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التي وقع فيها التفكيك في الأحكام الظاهرية .

## بحث في المقبوض بالعقد الفاسد

قوله : ( لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه ، وكان مضمونا عليه ) أقول : قد طفحت عبارات الأصحاب بأن المقبوض بالعقد الفاسد غير مملوك للقابض ، بل هو مضمون عليه :

فمضى غصب المسالك : الاتفاق على أن المقبوض بالعقد الفاسد يضمن .

ومن غصب الكفاية . أنه مقطوع به في كلام الأصحاب .

ومن التذكرة : البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للمعقود عليه . . .

ولو قبضه لم يملكه بالقبض ، ولو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع .

ومن كشف الحق : أنه ذهب الإمامية أن الشراء الفاسد لا يملكه بالقبض

ولا ينفذ عتقه ، ولا يصح شيء من تصرفه .

ومن السرائر : أن البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى النصب

والضمان . وإلى غير ذلك من كلماتهم المذكورة في هذه المسألة .

وذكر المصنف : أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه ، وكان

مضمونا عليه :

أما العقد السلي : : أعني به عدم الملك - فلائن المؤثر في حصول الملكية إنما هو العقد ، فإذا حكم بفساده وصيرورته كالمعدوم لم يؤثر في الملكية .  
أما العقد الإيجابي : : أعني به ثبوت الصمان على القابض - فهو المعروف بين الأصحاب . بل أدعى الشيخ - في باب الرهن ، وفي موضع من البيع - الإجماع عليه صريحاً . انتهى ملخص كلامه

ثم إنه ربما يستظهر من قول المصنف : ( وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء ، بل من قبيل إحداث إعمائها غير قابل للملك ، فهو كالتلف ، لا كالتلف ) . احتصاص محل البحث بالتلف ، وعدم شموله للاتلاف ، بديهية أن الضمان في صورة الاتلاف أمر واضح وغير حقي على طلبة العلم فضلاً عن الفقيه المتضلّع من الفقه .

ووجه الاستظهار : هو أن الظاهر كون العبارة المذكورة جواباً عن سؤال مقدر . وهو أن مورد الخير الآتي - الوارد في الأمانة المبتاعة - من قبيل الاتلاف ، فيخرج عن مورد بحثنا - في المقام - لأن البحث - هنا - يختص بالتلف السامى . أما الاتلاف فلا شبهة في كونه موجباً للصمان ، لقاعدة من أتلف وأجاب المصنف عن ذلك بقوله : وليس استيلادها الخ .

ويرد عليه : أنه لا وجه للفرق بين التلف والاتلاف ، ضرورة أن تسليط المالك غيره على ماله مع فرص فساد العقد إذا كان مانعاً عن ثبوت الضمان باليد كان مانعاً عن ثبوت الضمان بالاتلاف أيضاً ، وعليه فلا وجه للفرقة بين صورتي الاتلاف والتلف بالالزام بالضمان في الثانية ، دون الأولى

## ما هو مدرك الضمان في قاعدة ما يضمن ؟

قد ذكر المصنف : ( أن هذه المسألة - : أعني بها مسألة المقبوض بالعقد الفاسد - من جزئيات القاعدة المعروفة : كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده... فإلهم بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً ) ثم أطال الكلام في ذلك من حيث الشرح والتفسير ومن حيث التقض والابرام ، ومن حيث الاطراد والانعكاس .

ولكن التحقيق : أنه لا يهنا البحث في شيء من هذه التواحي ضرورة أن هذه القاعدة ، بالفاظها المذكورة لم ترد في آية ، ولا في رواية ، ولا أنها جعلت مورداً للاجماع ، لكي يبحث عنها ، وعن مفردات ألفاظها ، وعن سعة دلالتها .

بل هذه القاعدة غير مغروسة - بالألفاظ المزورة - في كلمات القدماء وإنما وجدت وحدثت في كلمات المتأخرين . وإذا فحسب بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركاً لهذه القاعدة ودليلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكي يتضح من ذلك ما هو المدرك لقاعدة ضمان اليد أيضاً . فنقول : إنه استدلل على الضمان - في محل الكلام الذي سيتضح لك قريباً - بوجوه شتى :

١- النبوي المعروف : أعني به قوله (ص) : على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١) ويرد عليه : أن هذا الحديث ضعيف السند لأنه لم يذكر في أصولنا

(١) رواه سمرق من جندب عن النبي (ص) . راجع مس البيهقي ج ٦

كتاب العارية ص ٩٠ وكفول العمال ج ٥ ص ٢٥٧ -

المعدة لضبط الأحاديث ، وإنما أخذها الأصحاب من أصول العامة ، واستدلوا به على مقصودهم في كتبهم الاستدلالية ، وإذن فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من الأحكام الشرعية ، فضلاً عن جملة من القواعد المسالة بين الفقهاء ، وتسميته بقاعدة خيالي اليد .

ودعوى أن الحديث المزبور وإن كان ضعيف السند ، ولكن ضعفه منجبر بعمل المشهور به ، وإرسالهم إياه لإرسال المسلمات .  
دعوى فاسدة ، لأنها ذكرنا مراراً : أن عمل المشهور رواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها . كما أن إعراضهم عن العمل بالرواية الصحيحة لا يوجب

— ثم إن سمرة هو الذي اعترف عن أمير المؤمنين ( ع ) وكان أيام سير الحسين ( ع ) إلى الكوفة على شرط ابن زياد ، وكان يحرم الناس على الخروج إلى الحسين ( ع ) وقتاله .

وعن ابن عدي ، قال قدمت المدينة ، فخلست إلى أبي هريرة ، فقال : من أنت ؟ قلت : من أهل البصرة ، قال : ما فعل سمرة بن جندب ؟ قلت : هو حي ، قال : ما أحد أحب إليّ طول حياة مه ، قلت : ولم ذلك ؟ قال : إن رسول الله ( ص ) قال لي ، وله ، وللعديفة بن إلياسي : آخركم موتاً في النار .

وروى وأصله كان له محل في بستان رجل من الأنصار ، فكان يؤذيه ، فشكا الأنصاري ذلك إلى رسول الله ( ص ) فبعث إلى سمرة ، فدماه ، فقال له : مع نخلك من هذا ، وخدتمه قال : لا أقبل ، قال خذ محلاً مكان نخلك قال لا أقبل قال فاشتره مني بستانه ، قال : لا أقبل ، قال : فأترك لي هذا النخل ولك الحلة قال : لا أقبل ، فقال ( ص ) للأنصاري : يذهب فاقطع نخله ، فانه لاحق له فيه وإلى غير ذلك من مطامعه . وقد ذكر ذلك كله ابن أبي الحديد في شرح بهج

وهنا ، لأن الشهرة في نفسها ليست بحجة ، فلا تكون حوجة لحجية الخبر ، وجارة لضعف سنده ، وعليه فلا بد من ملاحظة نفس الخبر ، فلن كان جامعاً لشرائط الحجية أحذ به ، وإلا فإن صم غير حجة إلى مثله لا يتبع الحجية . وتفصيل ذلك في علم الأصول .

ويضاف إلى ذلك : أنه لم يتضح لنا استناد المشهور إلى الحديث المزبور في فتاويهم بالضمان في موارد ضمان اليد ، إذ من المحتمل أنهم استندوا في ذلك إلى السيرة - التي ستعرض لها قريباً - أو استندوا في ذلك إلى وجه آخر وإنما ذكروا حديث ضمان اليد تأييداً لمرامهم فافهم .

٢ - الروايات ( ١ ) الدالة على أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة

( ١ ) عن جميل بن دراج عن سفيان أحماتنا عن أبي عبد الله ( ع ) في رجل اشترى جارية ، فأولدها ، فوجدت مسروقة ؟ قال : يأخذ الحاربية صاحبها ، ويأخذ الرجل ولده ، فيبئنه ، مرسلة .

وعن زرارة ، قال : قلت لأبي حمزة ( ع ) : الرجل يشتري الحاربية من السوق ، فيولدها ، ثم يحبي ، رجل ، فيقيم بيته على أنها جاريته ، ولم يسع ، ولم يهب ؟ قال : فقال : ترد إليه جاريته ، ويومسه مما انتفع ، قال : كان معاه قيمة الولد محمولة ما لي عبد الله العراء .

وعن جميل بن دراج عن أبي عبد الله ( ع ) في الرجل يشتري الحاربية من السوق ، فيولدها ، ثم يحبي . مستحق الحاربية ؟ قال : يأخذ الحاربية المستحق ، ويدفع إليه المتاع قيمة الولد ، ويرجع على من ماعه بنمس الحاربية وقيمة الولد التي أخذت منه . موثقة بمعاوية بن حكيم .

وعن زرارة ، قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : رجل اشترى جارية من سوق الملحين ، فخرج بها إلى ارضه ، فولدت له اولاداً ، ثم تاهها من يزعم أنها له -

- بعد أن أولدها المشتري - أخذها صاحبها ، وأخذ المشتري ولده بالقيمة - حيث إن ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نكاحاً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بالأولية .

ويتوجه عليه : أن الروايات المذكورة غريبة عن مركز بحثنا ، إذ المفروض - هنا - أن يكون البائع مالكا أما المذكور في الرواية فهو كون البائع غاصباً ، ومن الواضح الذي لا ريب فيه أنه لم يتوهم أحد عدم الضمان في هذه الصورة حتى فيما إذا كان العقد غير معاوضي كالهبة . وحكنا بعدم الضمان في مورد بحثنا .

٣ - الروايات (١) الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، فإنها تشمل المقام أيضاً .

ويرد عليه : أن نسبة الحل إلى الأموال والأعيان إنما هي باعتبار التصرف ، إذ لا معنى لحلية الأعيان الخارجية . كما أن نسبة الحرمة إليها هذا للحافظ ، ضرورة أنه يراد من حرمة الحر حرمة شربه ، ومن حرمة المال حرمة التصرف فيه . ومن حرمة الامهات والبنات والأحوال حرمة نكاحهن وهكذا في سائر الموارد .

وعليه فالعرض من تلك الروايات إنما هو الحرمة التكليفية دون الحرمة الوضعية . وإذن فهي بعيدة عن إثبات الضمان وحيث أنها شأن ما دل على حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه (٢) فكما أن الطائفة الثانية

واقف على ذلك البينة قال : يقص ولده ، ويدفع إليه الحارية ويوصى بقيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها ، وفي ج ٢ ص ١٤١ . إن أمها بدل من أمها . محبوبة بسليم الطرزال ، الاستنصار ج ٣ ص ٢ ط ٨٤ والواقعي ج ١٠ ص ١٠١ .

(١) قد ذكرناها في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

(٢) قد ذكرناها في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

ظاهرة في الحكم التكليفي فقط ، كذلك الطائفة الأولى . فلا تعرض فيها للضمان .  
 ٤ - قوله ( ع ) ( حرمة ماله - : أي المؤمن - كحرمة دمه ( ١ ) ) فإن  
 الظاهر من هذه الجملة هو أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان ، وأنه لا يذهب  
 هدراً ، كما أن دمه لا يذهب هدراً .

ويتوجه عليه : أن هذه الجملة الماركة - لودلت على الضمان - قائما تدل عليه  
 في فرض الاتلاف ، دون التلف ، إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن  
 بأفة سماوية صمن به سائر المؤمنين ، وعليه فيكون الدليل أخص من المدعى .  
 ويضاف إلى ذلك : أن هذه الجملة الشريفة مذكورة في عداد حمل أخرى  
 التي هي ظاهرة في الحكم التكليفي ، وهي ما يلي : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله  
 كفر ، وأكل لحمه معصية ، ومن الواضح أن اتحاد السياق يقتضي إرادة الحكم  
 لتكليف من هذه الجملة أيضاً . وإذن هي بعيدة عن إثبات الحكم الوضعي : أعني  
 به الضمان .

بل الظاهر أن المراد من كلمة الحرمة - في قوله ( ع ) : حرمة ماله كحرمة  
 دمه - هو مقابل الحل ، فيكون راجعاً إلى الحكم التكليفي ، لا بمعنى الاحترام

( ١ ) عن أبي بصير ، عن أبي جعفر ( ع ) قال : قال رسول الله ( ص ) :  
 سب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصية ، وحرمة ماله كحرمة دمه ،  
 موثق بعد الله من تكبير . أصول الكافي باب الحساب من كتاب الإيمان والكفر  
 والوفاي ج ٣ ص ١٦٠ والوسائل باب ١٥٢ ، وماب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة  
 وعن أبي در عن النبي ( ص ) - يا ما در سب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر  
 وأكل لحمه من معاصي الله ، وحرمة ماله كحرمة دمه . صيف أبي الفضل محمد  
 بن عبد الله بن محمد الشيباني . ورواه بن يحيى بن سامان العبراني . ومحمد بن  
 الحسن بن ميمون ، الوشمون ، وغيرهم الوفاي ج ١٤ ص ٥٦ والوسائل من المصدر

لكي يدل على الحكم الوضعي ، وعليه فبزلة هذه الجملة منزلة الروايات المتقدمة الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، وقد عرفت - قريباً - عدم دلالتها على الضمان .  
وإن أبيت من ظهورها في ذلك فلا ظهور لها في إثبات الضمان أيضاً ، فتكون بجملة .

وقد تفسر حرمة المال - في الجملة المزبورة - بأنه لا يجوز مزاحمة صاحبه بوجه حدوثاً وبقاءً ، وهذا وإن كان لا يفيد إلا الحكم التكاليفي ما دامت العين باقية ، إلا أن عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاءً للمزاحمة المحرمة فلا بد من رفضها ، ولا يمكن رفضها إلا بأداء مثله أو قيمته ، وعليه فتدل الرواية على الحكم التكاليفي بالمطابقة ، وعلى الحكم الوضعي بالالتزام .  
ولكن يرد عليه : أن البحث - هنا - إنما هو في أصل اشتغال الذمة ، وهو مشكوك فيه - في المقام - ومن الظاهر أن حرمة المزاحمة لا تثبت إلا بعد إثبات أصل الضمان .

٥ - ما ورد في جملة من الروايات ( ١ ) أنه : لا يصلح ذهاب حق أحد

( ١ ) عن الحلبي ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال : سألت عن نبحور شهادة أهل ملة على غير أهل ملتهم ؟ قال : نعم . إذا لم يجد من أهل ملتهم جارت شهادة غيرهم : لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد . حسن ما رواه بن هاشم . الكافي ج ٧ ص ٢ ط ٤ - والرواي ج ٩ ص ١٤٦ .

وعن سماعه ، قال : سألت أبا عبد الله ( ع ) عن شهادة أهل الملة ؟ قال : فقال : لا نبحور إلا على أهل ملتهم ، فإن لم يوجد غيرهم جارت شهادتهم على الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد . صحيح بمحمد بن عيسى .  
وعن الكناسي قال : سألت أبا حمزة ( ع ) عن شهادة أهل ملة هل نبحور -



فانه يشمل المقام أيضاً .

والجواب عن ذلك . أن الاستدلال بهذه الخلة على الضمان يتوقف على أن يراد بالحق المال ، وأن يكون عدم صلوح ذهابه كساية عن ضمانه ، ولم يثبت شيء من الأمرين

بل إن تلك الخلة واردة في مورد الوصية ، وأن للسلم أن يوصي بماله ، وهذا حق له ، ولا يصلح أن يذهب حقه ، وعليه فإن أمكن الأشهاد عليه من المسلمين فهو ، وإلا تجوز شهادة غيرهم أيضاً وهذا معنى أجنى عما نحن فيه بالمرّة . ويضاف إلى ذلك أنها لا تشمل صورة التلف ، فيكون الدليل أخص من المدعى .

٦ - الروايات ( ١ ) الدالة على بى الحكم الضررى في الشريعة المقدسة

- على رجل من غير اهل ملهم ؟ فقال لا ، لا ان لا يوجد في تلك الحال غيرهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية ، لأنه لا يصلح دهاب حق امرئ مسلم ولا تطل بصبته . صحيح . الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٣٩٨ و ٣٩٩ . والوافي ج ٩ ص ١٤٥ و ١٤٦ .

( ١ ) عن زرارة ، عن أبي جعفر ( ع ) - في قضية سمرة بن حذاف - عن رسول الله ( ص ) : لا صرر ، ولا صرار . موثق مان كبير .  
عن عمه بن خالد ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال : وقضى رسول الله ( ص ) بين اهل البادية : انه لا يجمع فصل ماء ليمس به فصل كلاءه ، وقال لا صرر ، ولا صرار . مجهول بقية وعجل بن عبد الله بن هلال .

وفي حديث آخر لزرارة عن أبي جعفر ( ع ) . في قضية سمرة - انه ذكر في ذنبه قول رسول الله ( ص ) لسمرة : إنك رجل مصار ، ولا صرر ، ولا صرار على مؤمن . مرسل . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩٣ و ٢٩٤ .

ومن الظاهر أن الحكم يعلم صمان القايض لما قبضه بالمقد الفاسد ضرر على المالك ، فينتق بأدلة نفي الضرر .

والجواب عن ذلك أولاً : أنه لا دلالة في هذه الروايات على الصمان - ها - سواء أريد منها نفي الحكم الضرري بداءة ، كما عليه المصنف ، أم أريد منها نفي الحكم الضرري لسان نفي موضوعه ، كما عليه جمع من المحققين .

والوجه في عدم دلالتها على ذلك : هو ما ذكرناه في محله من اختصاص أدلة نفي الضرر برفع الأحكام المجعولة في التريمة . أما إذا كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم - كالضمان في المقام - فأدلة نفي الضرر لا تنفي لغيره ليثبت الجعل الشرعي : أي الضمان .

ثانياً : أن محل الكلام - في المقام - هو الضمان بالبدل الواقعي ، فإن الضمان بالمسمى غير ثابت قطعاً ، وعليه فتقع المعارضة في شمول أدلة نفي الضرر لكلا الطرفين ، إذ قد يزيد الدل الواقعي على المسمى بكثير ووقفت الحكم بصمان القايض له مع عدم إقدامه عليه بوجه يوجب تضرره لا بحالة .

ثالثاً : أن هذه الروايات لو دلت على الصمان فإما تدل عليه في موارد الانلاف ، أو في موارد استيفاء المنافع ، أو فيما كان العمل بأمر الأمر . أما

- عن عتبة ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال : قضى رسول الله ( ص ) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين ، وأساكن ، وقال : لا صرر ، ولا صرار . مجهول بحصة ومحمد بن عبد الله بن هلال . الكافي ج ٥ من ط ٢ من ٢٨٠ .

وعن أبي ( ص ) : لا صرر ولا صرار في الإسلام . مرسل . الفقيه ج ٤ من ط ٤ في باب ميراث أهل الملل من ٢٤٣ .

وعن دعائم الإسلام - في حديث - إن رسول الله ( ص ) قال : لا صرر ، ولا صرار . مرسل . مستدرك الوسائل ج ٣ من ١٥٠ .

في فرص التلف السماوى - مع تحفظ القابض عليه - فلا موجب لاضراره دفعا لتضرر المالك .

وعلى الجملة : انه لادلالة في شيء من الوجوه المتقدمة على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد . نعم الدليل على الضمان - هنا - إنما هو السيرة ، فانها قائمة على ضمان اليد في أمثال ذلك ، ولم يثبت ردعها من ناحية الشارع المقدس وسيأتى تفصيل ذلك في الوجه الآتى .

٧ - قاعدة الاقدام التي ذكرها الشيخ في المبسوط ، حيث إنه علل الضمان - في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين - بدخول القابض على أن يكون المال مضموماً عليه بالمسمى ، فاذا لم يسم ، له المسمى رجوع إلى المثل أو القيمة .

ومن تلك الموارد ما ذكره في فصل تفريق الصفة من البيع ، وقال نصاً ( وإنما وجب الضمان عليه ، لأنه أحـذ الشيء بعوض ، فاذا لم يسم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف في يده )

وقد ناقش المصنف في هذا الوجه أولاً : بأن ما أقدم عليه المتعاقدان غير بمعنى للشارع ، وحيث أن ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة فقد ثبت بدليل خاص ، لا بقاعدة الاقدام .

ثانياً : بأن ما ذكره من التحليل ليس بمطرد ، ولا بمعكس ، إذ قد يتحقق الاقدام ولا يترتب عليه الضمان . كما في صورة تلف المبيع قبل القبض في البيع الصحيح ، فان المشتري قد أقدم على الضمان - هنا - ولكن لا ضمان عليه . وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد ، ومع ذلك يتحقق فيه الضمان ، كما اذا اشترط المشتري - في عقد البيع - أن يكون ضمان المبيع - مع تلفه في يده - على البائع .

أو قال البائع للشترى : سلك متاعى هذا بلائى .  
 أو قال الموجر للمستأجر : أجرتك دارى هذه بلا اجرة . انتهى  
 ملخص كلامه .  
 والظاهر أن ما ذكره شيخ الطائفة موافق للتحقيق ، فلا يتوجه عليه  
 شيء مما ذكره المصنف .

أما الوجه الأول - الذى ذكره المصنف - فيرد عليه : أن الاقدام فى  
 نفسه ليس علة تامة للصمان لى دور الضمان مدار الاقدام وجوداً وعدماً ،  
 وإنما هو متمم لسبب الضمان الذى هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من  
 المالك مجازاً . وقد قامت السيرة القطعية العقلانية الممضاة للشارع على أن  
 التسليط على مال الغير تسليطاً غير مجازى موجب للصمان ، وحيث إن الشارع  
 المتقدم لم يعض الضمان بالمسمى فيثبت الصمان بالمثل أو القيمة . وإذن ثبتت الصمان  
 انما هو بالاقدام المضم إلى الاستيلاء من جهة السيرة العقلانية غير المدروعة من  
 قبل الشارع لا بالاقدام الساذج لى يناقش فيه بما ذكره المصنف .

أما الوجه الثانى - الذى ذكره المصنف - فيرد عليه : أنه لا وجه له لنقض  
 اطراد القاعدة وانعكاسها بالأمانة المذكورة :

أما ما ذكره من عدم الصمان فى بعض موارد الاقدام - كتلف المبيع قبل  
 القبض فى البيع الصحيح - فلما عرفته من أن الاقدام بنفسه لا يوجب الضمان  
 وإنما الموجب له الاقدام المضم إلى القبض .

بل قد تقدم فيما سبق ( ١ ) ويأتى فى أحكام القبض . أن التسليم والتسليم  
 من متمات الملكية المترتبة على البيع معنى : أن المرتكز فى أذهان العامة هو أن  
 ضمان المشتري للبيع ، وضمان البائع للتمتع انما هو مشروط بالقبض

مكمل منهما إما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه ، لا مطلقاً ، وعليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طلق الارتكار العقلاني .

أما ما ذكره - من تحقق الضمان مع اشتراطه على البائع - فيرد عليه : أنه لا صلة له بما نحن فيه ، لأن المشتري قد أقدم على ضمان المسمى من جهة البيع ، غاية الأمر أنه شرط على البائع صمناً من دون سبب يقتضيه ، وعليه فإن قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده ، أو عدمه ، أو قلنا بصحته كان ذلك خارجاً عما أراد المصنف من ثبوت الضمان بلا إقدام .

أما ما ذكره - من نقص القاعدة بالبيع بلا ثمن ، أو بالاجارة بلا اجرة فهو غريب عما نحن فيه ، لأنهما وإن كانا بحسب الضرورة بيعاً واجارة ، إلا أنهما - في الحقيقة - من قبيل الهبة والعارية ، نهاية الأمر أنهما قد انشأ بلفظ البيع والاجارة .

ومن الظاهر أن أمثال هذه الانشاءات تعد في نظر أهل العرف من الأغلاط ، إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمة ( يملك المتاع الفلاني بلا ثمن ) ، في إنشاء الهبة ، ولا استعمال كلمة ( أجر لك الشيء الفلاني بلا اجرة ) في إنشاء العارية .

وقد عرفت في البحث عن ألفاظ العقود أن إنشاء العقد بالألفاظ المعلقة في نظر أهل العرف لا يمد إنشاء صحيحاً عندهم . وإذن فيحكم بفساد الهبة والعارية المذكورتين ، ولا يحكم بالضمان عندئذ ، لعدم الموجب له :

فنتصل من جميع ما حققناه : أن ثبوت الضمان - في المقام - إنما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيرة القطعية العقلانية المتصلة بزمان المعصومين (ع) وغير المردوعة من قبلهم . أما بقية الوجوه المتقدمة فقد

عرفت أن الاستدلال بها على الضمان - هنا - لا يرجع الى معنى محصل .  
وعليه فيحكم بالضمان في المقبوض بالمقد الفاسد مطلقاً من ناحية السيرة  
المزبورة . سواء في ذلك التلف والاتلاف .  
واذن فدرك الضمان في قاعدة ضمان اليد ، وفي المقبوض بالعقد الفاسد  
أما هو هذه السيرة . هذا ما ساقنا اليه نظرنا القاصر ، والله العالم بالواقع .

## بحث في بعض الأعمال المضمونة

قوله : ( ويبقى الكلام حيثن في بعض الأعمال المضمونة ) أقول : قد  
عرفت أن المقبوض بالمقد الفاسد مضمون على القاص . وهل يحكم بضمان  
الأعمال التي لا ترجع نفعها الى الصامن ، ولم تقع في الخارج بأمره - كالسرق  
مثلاً في المسابقة الفاسدة - أم لا ؟ .

قد حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل .  
وحكم قوم آخرون بالاستحقاق .

والتحقيق هو الأول ، لأن مناط الضمان إما الاستيلاء على أموال  
الناس أو استيلاء مناهها ، أو الأمر بعمل محترم مع صدوره من المأمور في  
الخارج ، سواء أوصل مع ذلك العمل الى الأمر أم لم يصل اليه .

ومن الظاهر أن هذه الجهات كلها متممة في المسابقة الفاسدة ، بديهة أن  
الصحيح منها إنما يوجب الضمان من جهة امضاء الشارع هذه المغالبة ، لأجل  
الاهتمام بأمر الجهاد مع الكفار ، حيث أن في المسابقة والمرامات تمريضاً  
للحرب ، وتثبيتاً اليها ، ولو لا هذه الناحية لم تغترق المسابقة والمرامات من  
سائر أنواع القمار الذي نهى عنه وضماً وتكليفاً بالآيات المتطابقة ، والروايات

المتواترة من طرقاً ، ومن طرق العامة . وقد تعرضنا لها ولحرمة القمار بأنواعه تفصيلاً في الجزء الأول .

وعلى هذا الضوء فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقة وصار فاسداً كان ذلك مصداقاً للقمار المحرم ، فيكون أكل المال به أكلاً له بالباطل ، إذ المفروض أنه لم يتحقق - في مورد المسابقة الفاسدة - ما يوجب الضمان ضرورة أنه لم يوجد فيها الأسبق السابق ومن البديهي أن هذا السابق ليس بأمر المسبوق ، ولا أن تنفع هذا العمل قد وصل إليه ، ولا أنه أُلغى شيئاً من أموال السابق ، وإذن فكيف يحكم - ها - بالضمان .

وبتعبير آخر : أن حرمة القمار من ضروريات الدين الاسلامي ، وقد خرجت منها المسابقة الصحيحة فقط لمصالح خاصة ، أما غيرها فهو باق على حرمة .

## هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله ؟

قوله : ( ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد ، وبين علمه مع جهل القاض ) . أقول : الوجه في ذلك هو ما ذكرناه آنفاً من قيام الدليل على الضمان على وجه الإطلاق ، وهو السيرة العقلانية القائمة على ضمان اليد مع الاقدام .

وقد يتوهم عدم الضمان مع علم الدافع بالفساد ، ضرورة أن المالك مع علمه بالفساد - قد سلط القاض على ماله ، وعليه فيصبح المال أمانة مالكه عند القاض ، وحيث إذا تلف عنده لم يحكم ضمانه ، للرويات (١) الدالة على

(١) المروية في الوافي ج ١٠ من ١١٨ و ١٢٥ .

عدم ضمان الأمين مع عدم التفريط .

ويرد عليه : أن المالك - عندئذ - وإن سلط القابض على ماله ، إلا أن هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانة مالكية عند القابض ، لكي لا يحكم بضمانه مع التلف ، بل إنما هو تسليط بإزاء العوض ، ومن الواضح أنه إذا أقدم القابض على أخذ مال غيره - على النجس المزبور - حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط ، والمفروض عدم سقوطه بذلك ، فلا صلة له بموارد الاستئمان حتى يحكم بعدم الضمان - هنا - من ناحيته ما دل على عدم الضمان هناك ودعوى : أن الأذن المتحقق في ضمن العقد مسقط للضمان .

دعوى جزائية ، مداهة أن الأذن المتحقق في ضمن العقد ليس اذناً مطلقاً وإنما هو إذن مقيد بدفع عوض المقبوض .

وقد يتخيل عدم الضمان مع علم الدافع وجهل القابض ، لقاعدة الغرور . ولكن هذا التخيل باطل ، لأن المرر بمعنى الخديعة ، ومن الظاهر أنه لا يتحقق إلا بأمرين أحدهما علم العار ، وثانيهما جهل المغرور . وبديهي أن القابض وإن كان - هنا - جاهلاً بفساد العقد ، إلا أنه عالم بأن أحده هذا ليس أخذاً مجانياً ، بل إنما هو أخذ بإزاء العوض .

نعم لا بأس بالتمسك بهذه القاعدة في الزائد عن العوض المسمى بضرورة أن الدافع غار بالنسبة إلى هذا الزائد . فيرجع إليه ، لا إلى القابض المغرور وسيأتي تفصيل ذلك في البحث عن بيع الفاسد مع علم المشتري بالعيب .

ثم إنه لا وجه لاثبات الضمان - هنا - باحلاق النص والفتوى - كما هي المتن - لما عرفته آخفاً من عدم تمامية النص - أعني به حديث علي اليد - فضلاً عن التمسك باطلاقه .



## هل تضمن العين المستأجرة في الاجارة ؟

قوله : ( ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً ، لأن صحيح الاجارة غير مفيد ل ضمانها ) ، أقول المحكى عن القواعد والتحرير والتذكرة : أن صحيح الاجارة غير مفيد لضمان العين المستأجرة ، ومقتضى ذلك أن فاسدها أيضاً لا يفيد الضمان .

ومن جامع المقاصد - في باب النصب - : أن الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة .

وفي الرياض : ( العين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً ، كما نسب الى المفهوم من كلمات الأصحاب ) . وقال المصنف : الظاهر أن المحكى عنه هو المحق الأردبيلي في مجمع الفائدة .

والتحقيق : أن العين المستأجرة قد تكون تحت يد مالئها ولا يتسلط عليها المستأجر ، كما إذا استأجر دابة لكي يحمل المكارى متاعه معها الى مكان خاص ، ولا ريب أن ضمان الدابة حينذاك على المالك ، لا على المستأجر فان الاجارة المجردة لا توجب ضمان متعلقها .

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر ، لا من جهة اقتضاء الاجارة ذلك ، بل من جهة خارجية ، كما اذا فرضنا أن المكارى قد فوض حمل المتاع في فرض المثال الى المستأجر ، فان الدابة عندئذ تكون أمانة عند المستأجر وهذا أيضاً لا يوجب ضمانه ، فانه أمين .

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر من جهة اقتضاء الاجارة كذلك كما اذا استأجر داراً ليسكنها فانهدمت الدار ، وهذا هو مورد الخلاف بين

الاصحاب ، حيث ذهب جمع منهم الى الضمان - هنا - وذهب جمع آخر منهم الى عدمه .

ثم انه قد استدل على الضمان بوجهين :

١ - أن قاعدة ضمان اليد تقتضى الضمان ، وقاعدة مالا يضمن بصحيحه

لا يضمن بفساده تقتضى عدم الضمان فتخصص الثانية بالأولى .

والجواب عن ذلك : أن القاعدة الثانية واردة في مورد القاعدة الأولى

وعليه فلا وجه لتوهم المعارضة ، كما لا وجه لتوهم التخصيص .

٢ - أن العين - في الاجارة - خارجة عن مورد العقد خروجاً موضوعياً

ضرورة أن الاجارة تمليك للمنفعة ، دون العين ، فالضمان في مورد الاجارة

على طبق القاعدة ، بداهة أن المراد بما يضمن في العقود ، وما لا يضمن هو ما

يرد عليه العقد - كالعروض في البيع ، والمنفعة ، وبدلها في الاجارة - لا ما هو

خارج عنه ، كالعين في الاجارة ، غاية الأمر : أن تسليمها الى المستأجر - في فرض

صححة الاجارة - إنما كان لأجل استيعاء المنفعة ، فتكون أمانة عنده ويلحقها حكمها

أما اذا كانت الاجارة فاسدة فان الموجر وان دفع نفسه العين الى

المستأجر ، الا أن دفعه هذا لأجل بئانه على استحقاق المستأجر للانتفاع

من العين المستأجرة . والمفروض أنه غير مستحق لذلك ، فتكون يده على

العين يد عدوان موجبة للضمان ، لا بد أمانة ، وعليه فلا يرد انقضاء على عكس

القاعدة بالاجارة الفاسدة .

والجواب عن ذلك : أن مورد الاجارة وان كان هو المنفعة ، دون

العين ، الا أنها داخلة في عقد الاجارة بالشرط الضمني ، وعليه فيحكم بعدم

الضمان في صحيح الاجارة وفسادها ، بناء على صححة عكس القاعدة .

ومن هنا انضح لك جلياً : أنه لا يحتاج في ادغال العين المستأجرة في

عقد الاجارة الى ما ارتكبه صاحب الكفاية من التكلف في حاشيته على المن واليك نصه

( التحقيق : أن مورده - : أي المقد - فيها - : أي في الاجارة - نفس العين ، ولذا يقال : آجرت الدار ، واستأجرتها ، وأن الاجارة عبارة عن إضافة خاصة بين العين الموجرة والمستأجر ، ومن آثارها تملك منفعتها .  
والتعريف بالتمليك تعريف بالرسم . مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضاً نفس العين ، فانها تملك المنفعة ، ولا يكاد يكون مورده ومتعلقه الا العين )

ويضاف الى ذلك : أن الاجارة وإن تعلقت بالعين ، الا أن مدلولها تملك المنفعة ، ولذا تتعلق بما لا يقبل محواً من الملك والتمليك ، كالحر وعليه فالتمشا هو تملك المنفعة ، والعين المستأجرة خارجة عن موردها وإن كان يلزم تسليمها الى المستأجر لاستيفاء المنفعة ، وعليه فقد الاجارة تملك للمنفعة مع اشتراط تسليم العين الى المستأجر أمانة ، وحيث لا ضمان في صحيح الأمانة - كما اذا كانت الاجارة صحيحة - لا يكون ضمان في فاسدها أيضاً .

قيل : ان تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة من العين المستأجرة إنما يكون مقدمة لاستيفاء المنفعة ، ومن باب اللابدية جرياً على ما يقتضيه عقد الاجارة من تملك المستأجر المنفعة ، فادافرض فساد الاجارة بسبب الاستيذان لا انتفاء منشئه ، وما كان يتوقف عليه وهو تملك المستأجر المنفعة . وعليه كانت العين مضمونة على المستأجر .

قلنا : ان تسليم العين للمستأجر وان كان مبنياً على صحة الاجارة ، وناشئاً من البناء عليها ، الا أن التسليم قد تحقق في الخارج على العرض ، فلا معنى لتوقفه على صحة الاجارة فلا محالة يكون البناء على صحتها ، أو اعتقادها داعياً

الى التسليم الخارجى .

وتحلف الداعى لا يضر بتحقيق التسليم أمانة ، ولا يوجب ارتفاع حكم  
الامانة ، وهو عدم الضمان مع التلف .

الأتى أن المالك اذا قدم طعاماً للضيف باعتقاد أنه عالم لم يجرله أكله  
اذا لم يكن عالماً؟.

أو أن ذلك من قبيل تحلف الداعى؟.

لا ينبغي الاشكال في أن الصحيح هو الثانى ، فان الاقدام على اتلاف  
المال مجازاً قد تحقق وجداناً غاية الامر أنه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع.  
وقد ظهر مما ذكرناه : أنه لا فرق - في عدم الضمان في موارد الاجارة -  
بين علم الموجر بفساد العقد ، وجهله به .

## هل تنتقض القاعدة بالصيد الذي

استعاره المحرم ؟

قوله : ( ثم انه يشكل اطراد القاعدة في موارد : منها الصيد الذى  
استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية ) . أقول : لا شبهة في أن المستعير  
اذا استعمل العين المعارة في غير الجهة التى استعارها لأجلها ضمنها مطلقاً وان  
لم يشترط حمايتها عليه ، ولا أنها كانت من الذهب والفضة .

كان استعار عبادة ليلبسها ، ولكن استعمالها في اطفاء الحريق .  
أو استعار فراشاً ليفترش به الا انه استعماله في سد الساقية ولا ريب  
في خروج هذه الصورة من مورد البحث .

ج ٣ هل تنقص القاعدة بالصيد الذي استعاره المحرم ١٠٥

بل مورد البحث إنما هو استعارة الشيء لجهة خاصة ، واستعماله في تلك الجهة من دون أن يكون فيه تمدد وتفریط .

إذا عرفت ما تلزماء عليك فاعلم : أنه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى ضمان الشخص المحرم بقيمة الصيد الذي استعاره من المحل ، وذلك لفساد العارية ، مع أنه لا ضمان في العارية الصحيحة وإذن فيكون ذلك نقضاً لأطراد القاعدة .

ومن هنا ناقش الشهيد الثاني ( ره ) في القول بالضمان على تقديرى الصحة والفساد .

وأجاب عنه المصنف ، وقال : ( إن وجه ضمانه — بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله ، وأداء قيمته — أن المستقر عليه فحراً بعد العارية هي القيمة ، لا العين ، فوجوب دفع القيمة ثابت قل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو مسبب لضمان ملك الغير في كل عقد ، لا بسبب التلف ) .

وحاصل كلامه : أنه يجب على المحرم المستعير أن يرسل الصيد الذي استعاره من المحل ، ولا شبهة في أن الإرسال لا يفك من الاتلاف ، ومن المعلوم أنه متى ما تحقق وجوب الاتلاف تحقق معه وجوب دفع البدل ، لمكان الملازمة بين التسبب تشريعاً إلى السبب ، وبين التسبب إلى مسببه ، لاستحالة انفكاك السبب عن المسبب . فإذا كان التسبب المزبور موجوداً قبل تحقق التلف في الخارج كان المسبب أيضاً موجوداً قبله ، وعليه فلا يكون ذلك نقضاً لأطراد القاعدة .

نعم لو كان الموجب للضمان هو التلف لتوجه النقض المزبور وقد عرفت خلافه .

ويتوجه عليه : أن وجوب الإرسال لا يترتب عليه إلا لزوم إيجاد

سبب الضمان ، وإن هذا من ثبوت نص الضمان مع عدم تحقق سببه . ومن هنا لو عصى المحرم المستعير ، ورد الصيد إلى مالكه لم يكن صامناً قطعاً .

ونظير المقام ما إذا وجب على المستعير إتلاف العارية بسبب آخر ، كما إذا توقف عليه حفظ نفس محترمة أفهل يحتمل الحكم بالضمان بمجرد الإيجاب ما لم يتحقق الاتلاف في الخارج ، بل وإن ردها على المعير؟ لا شك في عدم احتماله ، وليس ذلك إلا من جهة أنه لم يتحقق فيه ما هو موجب للضمان .

وقد اجبى بما ذكرناه فساد القول بالضمان من جهة أن إيجاب الإرسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكه ، والامتناع الشرعى كالامتناع العقلى . وعليه فعدم التمكن من أداء المال إلى مالكه يقتضى دفع بدل الحيولة .

وقد ذكر شيخنا الاستاذ وجهاً آخر للضمان ، وحاصله : أن الصيد — بأخذ المحرم له — يخرج عن ملك مالكه ، فيكون أخذ المحرم له إتلاًفاً له على المالك ، فيضمنه .

والجواب عن ذلك : أنه لا دليل على خروج الصيد عن ملك مالكه بأخذ المحرم له . وإنما الثابت : أن المحرم لا يملك الصيد ، لاحقوثاً ، ولا بقاءً . فلو صاد وهو محل ثم أحرم خراج الصيد عن ملكه ، وبين الأمرين بون بعيد .

فتحصل مما حققناه : أن الصحيح هو القول بعدم الضمان بتلف الصيد عند المحرم المستعير ، كما هو الحال في غير المحرم .

ثم إنه يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصريح بالضمان في صورة التلف السماوى الذى هو مورد البحث — فى المقام — وأن حكمهم بالضمان إنما هو فى صورة الإرسال بعد الاستعارة ، فيكون ذلك داخلًا فى الاتلاف . نعم يظهر من المحقق فى عارية الشرايع الضمان مطلقاً ، وإليك لفظه : ( ولا يجوز

للبحر أن يستعير من محل صيداً ، لأنه ليس له إمساكه ، فلو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ذلك في العارية .

وظاهر كلامه هذا : هو الحكم بالصمان في عرض التلف ، فان تعميم الحكم بالصمان للاشتراط وعدمه ظاهر في أن موضوع كلامه هو التلف ، دون الاتلاف .

ولكن السيد — بعد ما نقل كلام المحقق — قال : وهذه العبارة — كما ترى — مختصة بصورة الاتلاف بالارسال ، فلا تشمل ما بحث فيه . ويرد عليه : أن هذا ناشئ من إضافة كلفة ( ثم أرسله ) قبل كلفة (ضمنه) الى عبارة المحقق . إلا أنها غير مذكورة في عبارته ، بل زادها صاحب الجواهر سهواً .

ثم هل يثبت الصمان مع الارسال مطلقاً ، أم يختص ذلك بصورة جهل المعير بالحال ؟ .

فذهب السيد إلى الثاني ، بدعوى أن الدافع مع عليه بالحال يعد مثلاً لما له بدفعه إلى من هو مكلف بالاتلاف ، فلا وجه لاستقرار القيمة في ذمته . والجواب عن ذلك : أن المعير وإن كان عالماً ، إلا أن الاتلاف مستند إلى المستعير ، لأنه — بعد ما استعار الصيد من المحل — فقد أتلفه بإرادته واحتياطه ، وحيث يثبت عليه الصمان ، لأعلى المعير . وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

## هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد؟

قوله : ( ويشكل اطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة الى المنافع التي لم يستوفها ، فان هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة

في العقد الفاسد) أقول لم نفهم وجهاً صحيحاً لتقييد المنافع بغير المستوفات وذلك، لأن  
لنافع المستوفات أيضاً غير مضمونة في العقد الصحيح. مع أنها مضمونة في العقد الفاسد  
ولعل وجه تشييدها بغير المستوفات : أن المنافع إذا كانت من الأعيان  
- كاللبن والصوف - فاستيفائها اتلافها ، وإذا كانت من غير الأعيان  
فلاستيفاء بمنزلة التلف ، وعلى كل حال فالحكم بالصمان مع الاستيفاء لا يمكن  
أن يكون نقضاً للقاعدة بناءً على أن موردتها التلف ، دون الاتلاف .  
وكيف كان فقد يورد على القاعدة ضمان المنافع غير المستوفات مع أنها  
لم تكن مضمونة في العقد الصحيح .

وقال السيد في الجواب عن النفس . إن ( المنافع وإن لم تكن مقالة  
بالمال ، إلا أنها ملحوظة في القيمة ، وزيادة الثمن ، وهذا المقدار يكفي في  
صدق كونها مضمونة .

ومن هنا يعرف حال الشروط ، فانه لو فرض شرط الحياطة في عقد  
فاسد ، فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامناً ، لأن في الصحيح وإن لم  
يكن الشرط مقابلاً بالمال ، إلا أنه ملحوظ في زيادة الثمن ونقصانه ، فسكاه  
مقابل بالمال ، ولذا اشتهر أن للشرط قسطاً من الثمن : يعني في اللب ) .

ويرد عليه . أن دخل المنافع في زيادة الثمن لا يستلزم ضمانها وراء  
ضمان العين . كما أن الشروط لها دخل في زيادة القيمة ، مع أنها خارجة عن  
حول القاعدة .

أما نبوت الضمان فيما ذكر من مثال الحياطة فلاجل احترام العمل ،  
واستاد تحققة في الخارج إلى أمر المشروط له ، وعليه فلا صلة له بالمقام .

وقال شيخنا المحقق : ( ربما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمناً  
لضمان المنافع الفاتئة في الصحيح والفاسد ، كما إذا كانت العين لها أمد خاص ،



وعمر مخصوص ، فإذا مضى منه شهر مثلاً نقصت قيمة العين ، وهذا النقص ملحوظ في الصحيح والفاسد .

ويتوجه عليه : أن مضى "مدة خاصة من عمر العين وإن أوجب نقصاناً فيها ، إلا أن الضمان - هنا - بالعين ، لا بالمنافع غير المستوفات ، ولذا اعترف في آخر كلامه بأنه ( لا فرق حيثئذ بين القول بضمان العين والمنافع ، أو ضمان العين تامة ) .

وقال شيخنا الأستاذ : ( إن المدار على مورد العقد ، ومورده في البيع هو نفس العين ، وإنما المنافع في الصحيح تابع للعين بحكم الشارع ، وفي الفاسد حيث أن العين لم تنقل إلى القابض فيضمن منافعها ) .

ويرد عليه : أنه لو صح ذلك فلابد من الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالحبة الفاسدة ، وبدية أن المنافع في الحبة الصحيحة تابعة للعين . وحيث أن العين لم تنقل إلى المشتري في الحبة الفاسدة فتضمن منافعها .

والتحقيق : أن النقص غير وارد على القاعدة . وتوهم انتقاضها بما ذكر إنما نشأ من عدم تطبيق الكبرى على الصغرى .

وتوصيح ذلك : أن النسبة بين تملك المانع ، وتمام العين هي العموم من وجه ، إذ قد تملك المانع دون العين - كما في الإجارة - وقد تملك العين دون المانع - كما إذا باعها مسلوقة المنفعة - وقد تملك كل معاً ، وعليه فملكية العين لا تلازم ملكية المنافع ، وإنما تملك المانع في البيع نفس السبب لملكية العين ، ففي الحقيقة كان الثمن لمازاة العين بالأصالة ، وبارامنتافهما بالتبع . وعلى هذا فكل من العين والمنفعة مورد للعقد ، نهاية الأمر أن العين مورد للعقد بالأصالة ، والمنافع مورد له بالتبعية ، ومن الواضح أن عقد البيع بما يضمن بصحيحه وفاسده . سواء في ذلك نص المبيع ومنافعه . وأذن فلا

وجه لتوهم انتقاض القاعدة طرداً بالمبيع الفاسد .

نعم إذا ارتفع العقد بالفسح ، أو بالافالة لم تضمن المنافع الفاتئة ، أو المنافع المستوفات قبل الارتفاع ، ضرورة أن هذه المنافع إنما حصلت في ملك المشتري ، فيكون المشتري مسلطاً عليها .

نعم إذا تبعت العين تصرف المشتري كانت مضمونة عليه ، فإن الافالة وإن كانت عقداً جديداً ، إلا أنها تقتضى رجوع العين بخصوصياتها التي وقع عليها العقد ، والمفروض أن العقد قد وقع على العين الصحيحة ، فلا بد وأن ترجع كما كانت . ومع التخلف يحكم بالصالح .

## هـ تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً ؟

قوله : ( ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً ) .

أقول : قد حكى عن الشيخ في المبسوط ، والمحقق في الشرايع ، والعلامة في التحرير انتقاص القاعدة بحمل المبيع في البيع الفاسد ، حيث أنه مضمون على المشتري ، مع أنه غير مضمون عليه في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع . وعن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط دخول الحمل في البيع ، وهذا هو المحتمل القريب ، وحيث فلا نقض على القاعدة . وعليه فالنزاع — هنا — لفظي ، فإن القائل بالضمحان إنما أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع . وأن القائل بعدمه إنما أراد صورة خروج الحمل عنه ، فيكون شأن الحمل — هنا — شأن نفس العين في الاجارة ، وكما أن الدين خارجة عن مورد عقد الاجارة ، كذلك الحمل — هنا — واذن فلا تنتقض القاعدة بذلك .

## هل تنتقض القاعدة بالشركة الفاسدة؟

قوله : ( ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها ، فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان ) أقول : غير خفى على الناقد البصير ، والمتأمل الخبير : أن تقريب الضمان على الحكم التكليفي — : أعنى به حرمة التصرف فى مال الغير — واضح الفساد ، إذ لا ملازمة بينهما أصلاً ورأساً ، لأنه بناءً على أن عقد الشركة لا يقتضى جوار التصرف فى المال المشترك — كما هو الظاهر — فإنه عندئذ وإن كان لا يجوز لسكل من الشريكين أن يتصرف فى المال المشترك فيه بدون إذن صاحبه . إلا أنه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان ، لأن كلا منهما قد فوض زمام ماله إلى شقيقه ، وجعله أميناً فى ذلك ، ومن الواضح أنه لا ضمان على الأمين ، ولا يفرق فى ذلك بين الشركة الصحيحة والشركة الفاسدة . وادن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة بذلك .

## هل ينتقض أصل القاعدة بالنكاح الفاسد؟

قد يتوهم أن أصل القاعدة ينتقض بالنكاح الفاسد ، ضرورة أن النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة دون فاسده إذا كانت المرأة عالمة بالفساد فانها وقتئذ زانية ، فلا مهر لبنى .

ولكن هذا التوهم فاسد ، فإن ضمان المهر فى عقد النكاح إنما هو بإراء الزوجية ، دون البضع ، فالضمان — هنا — ثابت بنفس العقد ، فإذا انتفى

العقد من ناحية حكم الشارع بالفساد اتقن الضمان أيضاً . وحل الكلام - في المقام - هو ما كان سبب الضمان أمراً آخر وراء العقد ، كالنقص في العقد فان التلف قبله من مال البائع .

وعلى الجملة : ان البضع وسائر الاستمتاع لا مالة لها في حكم الشارع ، ومنها لو حبس أحد زوجة غيره ، وفوت عليه جميع الاستمتاع لم يضمن شيء ، وليس ذلك الا لاجل أن البضع وسائر الاستمتاع لا تقابل بالمال .

نعم قد ثبت مهر المنزل في موارد الوطى بالشبهة تعبداً ، لاحترام الاعراض وصفوة الكلام : أن مورد البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انما هو العقود الصحيحة والفاصلة التي يكون الضمان فيها مستنداً الى غير العقد وعليه فثبوت الصداق في النكاح الصحيح ، وعدم ثبوته في الزنا بعيد عن محل الكلام رأساً .

وبذلك تظهر الحال في العقد المنقطع .. أيضاً - فان الاجرة فيه - أيضاً - باراء نفس الزوجية ، دون البضع . وتبعض الاجرة مع عدم التمكين في بعض المدة انما هو من جهة النص الخاص . أما في موت المرأة أثناء المدة فالتبعض على القاعدة . واذن فلا تنتقص القاعدة بالنقص المزبور .

## ما هو المدرك لعكس القاعدة ؟

قوله : ( ثم ان مبنى هذه القضية السالیه على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الاولوية ) . أقول : قد عرفت - فيما سبق - أن المدرك الصحيح لأصل القاعدة انما هو ضمان اليد الثابت بالسيرة العقلانية المضادة من قبل

الشارع . وقد عرفت - أيضاً فيما تقدم - أن مناط الضمان في ذلك هو التسليط غير المجاني .

أما المدرك لعكس القاعدة - أعني ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده - فقد ذكر المصنف : أن مدركه - على ما تقدم من كلام الشيع في المبسوط - هو الأولوية ، لأن دليل الضمان عنده إنما هو الاقدام ، وإذا لم يوجب الاقدام الضمان في العقد الصحيح - كالمزني الصحيح مثلاً - لم يوجب ذلك في العقد الفاسد - أيضاً - بالأولوية ، ضرورة أن العقد الفاسد لغو محض وأنه بمنزلة المعدوم . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه : أن عدم الضمان في العقد الصحيح - كالمزني الصحيح مثلاً - إنما هو من جهة كون المال ملكاً مجانياً للقاض ، ومن الواضح أنه لم تحصل له الملكية في العقد الفاسد - كالمزني الفاسد مثلاً - وأذن فلا وجه لدعوى الأولوية - هنا - بوجه . وهذا واضح لا متار عليه .

ويضاف إلى ذلك : ما ذكرناه - سابقاً - من أن الاقدام الساذج ليس دليلاً على الضمان ، بل الدليل عليه إنما هو السيرة مع الاقدام .

وقد يتوهم : أن قاعدة ضمان اليد وإن كانت مقتضية للضمان في العقود الفاسدة - التي لا ضمان في صحيحها - إلا أنها محصنة بأدلة الاستيان .

ولكن هذا التوهم فاسد ، لأن قاعدة ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجاني لكي نحتاج إلى تخصيصها بأدلة الاستيان . وعليه فورد الكلام خارج عن قاعدة ضمان اليد ، وعن مورد أدلة الاستيان - أيضاً - خروجاً تخصصياً وهذا ظاهر .

وقد ظهر لك بما حققناه : أنه لا وجه لاثبات عدم الضمان في الهبة الفاسدة بضمحوى ما دل على عدم الضمان في موارد الاستيان ، كما صنفه المصنف

في المتن .

أصعب الى ذلك : أن المالك لم يسلط غيره على ماله في موارد الاستيمان  
ليتصرف فيه أى تصرف ، بل ملطه عليه ليحفظه عن التلف . بخلافه في الهبة  
الفاسدة ، وعليه فلا يمكن قياس أحدهما بالآخر .  
والتحقيق : أن الدليل على عكس القاعدة إنما هو عدم الدليل على  
الضمان في موارد ، لا شيء آخر .

## هل يجوز التصرف في المقبوض

بالعقد المعاوضى الفاسد ؟

قوله : ( الثاني : من الامور المنفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع  
الفاسد وجوب رده فوراً إلى المالك ) أقول : تحقيق البحث - هنا - يقع  
في ضمن جهات :

الجهة الأولى : أنه هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد المعاوضى  
الفاسد تكليفاً ، أم لا يجوز ذلك ؟ .

لا شبهة في حرمة التصرف في مال الغير - بحسب الكبرى - شرعاً  
وعقلاً . وإنما البحث - فيما نحن فيه - إنما هو من ناحية الصغرى :

وهي أن تصرف القابض في المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد هل هو  
تصرف في مال غيره بدون إذنه لكي يكون حراماً ، كما عليه المصنف ؟ .  
أم أنه تصرف فيه بادن ماله حتى يكون ذلك جائزاً ؟ .

وفصل السيد - في المقام - وقال نصاً : ( لا ينبغي الاشكال في عدم

جواز التصرف فيه مع جهل الدافع . وأما مع علمه فيمكن الاشكال فيه وإن كان باقياً على ملكه ، وذلك للاذن فيه في ضمن التملك .

لا إشكال في عدم جواز التصرف في المقبوض مع جهل الدافع بالفساد . أما مع علمه به فقد يقال بالجواز نظراً إلى أن الدافع - عندئذ - قد أذن للقابض في التصرف في ماله . فلا يكون حراماً .

ولكن الظاهر هو عدم جواز التصرف فيه ، لأن القاعدة الأولية إنما تقتضي حرمة التصرف في أموال الناس إلا بإذن ملاكها ، ومن الواضح أن الدافع إنما جاز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكاً للقابض ، لا على وجه الاطلاق ، ولما لم تحصل الملكية للقابض ، ولا أن المالك قد أذن له في ذلك إذناً جديداً حرم على القابض التصرف فيه وضماً وتكليفاً .

نعم لو أذن المالك للقابض إذناً جديداً في التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرف فيه ، لا وضماً ، ولا تكليفاً ، ضرورة أن فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديداً في التصرف في المقبوض .

وعلى الجملة : إن الاذن الحاصل في ضمن التملك بالعقد الفاسد لا يكون منشأ لجواز التصرف فيها وقع عليه العقد ، إلا أن يكون - هنا - إذن آخر غير الاذن الحاصل في ضمن العقد الفاسد .

ثم إن السيد قد استدل - في حاشيته - على جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد بأن ( هذا التملك له حيثيتان ، فهو إذن من حيثية ، وتمليك من أخرى ، ولما كان التملك محتاجاً شرطاً إلى صيغة صحيحة - والمفروض عدمها - فهو غير مؤثر من هذه الجهة ، لعدم حصول شرط . وأما من حيثية الأخرى فهو غير مشروط شرعاً ، فيجوز العمل به ، فإن الاذن مؤثر في جواز

التصرف من غير اشتراط بصيغة خاصة ، فيشمله عموم ما دل على جواز التصرف مع الاذن ، وطلب النفس ، واذا جار التصرف فلا يجب الرد الى المالك فضلا عن كونه فوريا . نعم لو رجع عن اذنه وطلبه وجب الرد اليه فوراً ) .

ويرد عليه : أن جواز التصرف في المقوض بالمعد الفاسد متوقف على أحد أمرين على سبيل مانعة الخلو : إما كون ذلك ملكا للقابض ، وإما إذن المالك في التصرف فيه :

أما الأول فهو متنى على الفرض .

أما الثاني فكذلك ، إذ لم يأذن فيه المالك بوجه .

والوجه في ذلك : أن الأفعال تارة تتعلق بالعاوين الكلية - كبيع كلى الفرس ونحوه - وأخرى تتعلق بالجزئيات الخارجية والأفراد المشخصة - كالأكل ، والشرب ، والنوم ، والضرب ، والقيام ، والقعود وأشباهاها : فإذا كان الفعل مما يتعلق بالشخص كان اعتقاد العاين باسقاط كلى ما عليه داعيا الى ايجاده ، فإذا ضرب شخصا باعتقاد أنه كافر فبين أنه كان مؤمنا كان هذا من التحلف في الداعي ، فإن الضرب قد وقع - في الخارج - على واقع المؤمن حقيقة ، والتخلف إنما هو في اعتقاد أنه كافر الذي كان داعيا الى ايجاده .

أما اذا كان الفعل متعلقا بالكلية فلا يبرى الى غير مصداقه - وإن كان الفاعل يعتقد أنه مصداقه - فلو رضى المالك بدخول العباء داره ، وأذن به لم يحز الدحول لغير العالم وإن اعتقد الاذن أنه عالم .

ولا شبهة في أن متعلق الاذن في قوله يحمل اقته فرجه : ( فلا يحل لأحد



أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه (١) إنما هو العنوان الكلي : أعني به عنوان التصرف في مال الغير . وعليه فأنما يجوز التصرف في أموال الناس فيها إذا أحرز أن المالك قد أذن في التصرف في ماله لكي يكون ذلك مشمولاً للعنوان الكلي الذي ذكر في التوقيع المذبور ، ومن أين الذي لا ريب فيه أن هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد ، مديهة أن المالك لم يأذن للقابض أن يتصرف في ماله ، وإنما سلمه إليه باعتباره أنه ملك له ، وحيث أنه لم يصير ملكاً للقابض ، ولا أن الدافع قد أذن له في التصرف ، فلا يجوز للقابض أن يتصرف فيه .

وقد اتضح لك مما بيانه بأنه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرف في ذلك بالتوقيع الشريف المذكور ، ولا بالروايات (١) الدالة على حرمة التصرف في مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه : كما اتضح لك من ذلك - أيضاً - : أنه لا وجه للتفصيل بين علم الدافع بالفساد ، وجهله به ، لأنه بعد فرض أن المالك لم يصدر منه إلا التملك ، وهو لم يحصر في الخارج على الفرض فلا يبقى مجال للقول بجواز التصرف فيه حتى مع علمه بالفساد .

وبما ذكرناه - من أنه لم يصدر من المالك في المقام إلا التملك ، وتسليم المال بما أنه ملك للقابض - يظهر فساد ما قد يتوهم من أن العقد الفاسد وإن لم يؤثر في الملكية ، ولكن إذن الدافع في التصرف في ماله باق على حاله ، فيكون الإذن مفككاً عن الملكية .

ووجه الظهور : أن إذن المالك لم يكن مطلقاً لكي يبقى بعد فساد العقد - أيضاً - بل كان عنوان أن المقبوض ملك للقابض ، والمفروض أنه لم يصير ملكاً له ، فينتق الإذن أيضاً .

قيل : إن المالك قد أذن للقايض في التصرف في نفس العين الخارجية  
وعليه فيبقى الاذن مادامت العين باقية على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق  
وعدم رجوعه عنه .

ويرد عليه : أن الاذن لم يتعلق بالتصرف في مال الدافع وإنما يتعلق  
بالتصرف في مال القايض من جهة استلزام التملك إياه ، لا أنه إذن جديد  
وراء التملك ، إذ المفروض أن الدافع يرى نفسه أجنبياً عن ذلك المال ،  
فكيف يأذن في التصرف فيه ، ومن المفروض أن الملكية لم تحصل فلا معنى  
لبقاء الاذن في التصرف فيه . وهذا واضح لا شبهة فيه .

نعم لو أذن المالك - إذناً جديداً - في التصرف في المقبوض بالعقد  
الفاسد - بعد عليه فساد العقد - جاز التصرف فيه جزماً . ولكنه غير  
مربوط بما نحن فيه .

ويضاف إلى ذلك : أنه ينتقض بأنه لو قدم شخص طعاماً لغيره باعتقاد  
أنه من مال صديقه مع علم المعطى له بكون ذلك الطعام للمعطى ، لا لصديقه  
فانه - عندئذ - لا يجوز للمعطى له أن يأخذه ، ويتصرف فيه بتخيل أن الاذن  
قد يتعلق بذات الطعام الخارجي الشخصي ، فيجوز العمل على طبقه .

والوجه فيه : هو أنه لا أثر للاذن الساذج ما لم يتعلق بعنوان مال  
نفسه بحيث ينطبق ذلك العنوان الكلي على الشخص الخارجي لطابق الكلي  
على أفرادها .

## هل يجوز التصرف في المقبوض

بالعقد غير المعاوضي الفاسد ؟

الجهة الثانية : أن حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل  
المقبوض بالعقد غير المعاوضي الفاسد - أيضاً - كالحبة والغارية ، أم لا ؟

لا شبهة في اختصاص الحكم بالعقود المعاوضية إذا قلنا بثبوت الملازمة بين حرمة التصرف ، وبين ثبوت الضمان .

وقد يقال : إن حرمة التصرف في المقبوض بعقد يضمن بصحيته وفاسده لا يلزم حرمة التصرف في المقبوض بما لا ضمان فيه - كالهبة والعارية - فانه كالا ضمان في صحيحهما وفاسدهما ، كذلك لا يحرم التصرف في المأخوذ بهما ضرورة أن رافع الضمان فيها هو الرافع للحرمة ، لأن إعطاء المالك ماله مجانا للشبه ، وبضمان العارية للمستعير لو رفع الضمان رفع الحرمة - أيضا - وإذن فلا وجه للتفكيك بين الحرمة الوضعية ، وبين الحرمة التكليفية .

أما إذا لم تقل بثبوت الملازمة بين الضمان ، وبين حرمة التصرف فلا وجه لاختصاص الحكم بالعقود المعاوضية . بل يعم العقود غير المعاوضية أيضا . وهذا هو الحق ، نداهة أن كلاما من حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد ، والضمان أجنبي عن الآخر ، فان التسلط المجاني - في العقود غير المعاوضية الفاسدة - لا يؤثر الا في عدم ضمان العين المأخوذة بها .

أما جواز التصرف فيها فلا يترتب على التسليط المزبور . وإنما يترتب على إذن المالك . ومن المفروض أنه لا إذن في موارد التمليك - كالهبة - على ما عرفته قريبا .

أما في غير تلك الموارد - كالعارية - فالإذن من المالك وإن كان موجودا إلا أن المفروض أن الشارع لم يمنعه ، فوجوده كسقطه . وإذن فلا يجوز التصرف في المقبوض بالهبة والعارية الفاسدين .

## هل يجبر رد المقبوض الى مالكه فوراً؟

الجهة الثالثة : أنه ادانينا على عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد فهل يجب رده الى مالكه فوراً ، أم لا يجب ذلك ؟  
ذهب المصنف الى الاول ، لأن الامساك آثاماً تصرف في مال غيره بدون اذنه ، فلا يجوز . بل قال : ( ان الظاهر أنه لما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه ) .

والتحقيق . أن القابض بالعقد الفاسد تارة يتمتع برده المقبوض الى مالكه حتى مع مطالبته . واخرى لا يتمتع عن ذلك ، وإنما المالك لا يطالب ماله ، أو يطالب اقباضه إياه ، وتفويضه اليه .

وعلى الاول فلا شبهة في حرمة إمساكه ، لكونه من أظهر أفراد النصب . بل اذا تلف المقبوض ضمنه القاض ، ولو كان المقد بما لا يضمن بصحيحه سواء أكان التلف بالتفريط ، أم كان بغير التفريط ، وعليه فلا شبهة في وجوب رده الى مالكه فوراً ، ضرورة أن إمساكه حيثئذ تصرف في مان غيره ، ومزاحمة لسلطته على ماله ، وهو حرام عقلاً وشرعاً

وعلى الثاني فلا يجب رده الى مالكه فضلاً عن كون الرد فورياً ، بديهية أنه لا يجب على القابض الا التخلية بين المال ومالكه ، أما الزائد على ذلك فلم يقيم عليه دليل .

ونظير ذلك ما لو أطار الريح ثوب أحد الى دار جاره فان بقاءه في تلك الدار لا يعد تصرفاً فيه لصاحب الدار قطعاً ، لأنه لم يضع يده عليه ، ولا أنه حال بينه ، وبين مالكه .

وإذن فلا يجب على القابض رد ما قبضه بالمقد الفاسد إلى مالكه فوراً فضلاً عن كون مؤونة الرد عليه . كما أن بقاء المقبوض في يد القابض لا يعد تصرفاً في ملك غيره حتى مع عدم مطالبة المالك ذلك ، أو مطالبة إقباض العين إياه ، وهذا طاهر لاحتماء فيه .

وقد ظهر لك مما حققناه : أن مجرد بقاء مال شخص عند غيره لا يعد تصرفاً محرماً ، لا من جهة أن ذلك خارج عن أدلة حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه خروجاً تخصيصاً بالسيرة العقلانية ، بل من جهة خروجه عنها موضوعاً ونحصاً ، لعدم صدق التصرف عليه . كما لا يصدق التصرف على من اليد أو الثوب أو أشاهيها محتاط غيره في الشوارع والأزقة . ثم إن المصنف قد استدل على وجوب رد المقبوض إلى مالكه ، وعلى حرمة إمساكه وإبقائه بقوله ( ع ) : ( لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه (١) ) .

ثم قال : ( ولو نوقش في كون الامساك تصرفاً كفى عموم قوله ( ع ) لا يحل مال امرئ - مسلم لأحيه إلا عن طيب نفسه (٢) ) حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده ) .

أقول . أما الرواية الأولى فقد عرفت علم دلالتها - على ما يرويه المصنف - مما يتناه من عدم صدق التصرف على مجرد بقاء مال أحد تحت يد

(١) لم نجد على النحو المنقول في كتب الحديث ، بل المروى في الاحتجاج في ص ٢٦٧ عن صاحب الزمان ( ع ) هكذا : فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره سراً ، ويحتمل مريباً وقوع التحريف - فيما نقله المصنف - سهواً .  
(٢) لم نجد على هذا الشكل في كتب الحديث . بل المروى فيها على شكل آخر ، وقد نقلناه في الجزء الثاني ص ١٣٨ .

غيره . فان ذلك ظير النظر إلى مال غيره ، ومسه

أما الرواية الثانية فيتوجه على الاستدلال بها أن الحلية أو الحرمة إذا استندت إلى الأعيان فلا بد من أن يراد بها الحلية التكليفية ، وأن يكون الاستناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام ، ويراد من حلية المأكولات حلية أكلها ، ومن حرمة الامهات ، والعمات ، والخالات حرمة نكاحهن ، وهكذا في كل مورد من الموارد التي ترد عليك ، فانه لا بد وأن تلاحظ فيها مناسبة الحكم والموضوع .

وإذن فلا بد وأن يراد من عدم حلية المال مع عدم طيب نفس مالكة عدم جواز تمسكه ، أو عدم جوار الانتفاع به ، وعلى هذين التقديرين لاندل الرواية على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه .

نعم يحتمل أن يكون المقدر مطلق التصرف . لكن قد عرفت قريباً أن مجرد الامساك لا يعد تصرفاً بوجه ، وعلى كل تقدير فالرواية بعيدة عن الدلالة على حرمة الامساك بمجردده .

وقد استدل بعضهم على حرمة إمساك المقبوض بالعقد الفاسد ، وعلى وجوب رده إلى مالكة فوراً - بالتبوي المعروف : على اليد ما أخذت حتى تؤديه ( ١ ) .

وتقريب الاستدلال به على ذلك بوجهين :

١ - ما ذكره شيخنا الامتاز ، واليك نص مقرر بحثه : ( ويدل عليه ( أى على الرد العورى ) أيضاً عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، فانه وإن لم يكن متعرضاً للحكم التكليفي بالدلالة المطابقة ، إلا أنه متعرض له بالدلالة

الالتزامية ، فإن استقرار الضمان على عهدة القابض ملزم لوجوب الرد لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلا وجوب رد العين ما دامت باقية ، ورد المثل ، أو القيمة لو كانت نالفة ، غرمة امساك مال الغير من غير إذنه ، ووجوب رده إليه فوراً بالفورية العرفية لا إشكال فيه )

ويرد عليه : أن دعوى الملاممة بين الحكم التكليفي والوضعي وإركات صحيحة ، ولكن الحكم التكليفي الملامم للحكم الوضعي - هنا - ليس هو وجوب رد العين إلى صاحبها لكن ترتب عليه حرمة الامساك وإعما الواجب على القابض هو وجوب التخلية بين المال ومالكه ، أما الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعي ، ولا عقل .

٢ - ما أفاده المحقق الأيرواني وهذا لفظه : ( فالأولى تدليل الاستدلال به ) : أي بقوله ( ع ) لا يحل الخ ) بالاستدلال بعموم على اليد ، فانه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضعي والتكليف جميعاً : بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها ، ودفع البدل مع التلف ) . والجواب عن ذلك أولاً : أن إرادة الحكم التكليفي من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال ، فإن الحكم التكليفي لا يتعلق بمال نفسه ، وإرادة الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلاً ورأساً . ومن الواضح أن المراد بكلمة الماء الموصولة هو المال ، ولا يمكن الجمع بين إرادة الحكم التكليفي والوضعي ، إذ لا يمكن الجمع بين التقدير وعدمه .

ثانياً : أن حديث ( على اليد ما أحدث حتى تؤديه ) بظاهره آت عن إرادة الحكم التكليفي منه ، ضرورة أن الحكم المستفاد من ذلك متبناً بوجوب الرد . ومن الواضح أن الغاية لا تناسب إلا مع الحكم الوضعي فقط ، لا الحكم التكليفي لحسب ، ولا الحكم الوضعي والتكليفي معاً .

وذلك ، لأنه إذا أريد من النوى المزبور الحكم التلخيصي كان معناه أنه يجب رد المال المأخوذ من مالكه بدون إيدنه حتى تؤديه أى حتى ترده إلى صاحبه وحيثئذ يكون ذلك نظير ما يقال : يجب عليك الاتيان بالصلاة حتى تصلى . ولا شبهة في أن هذا الاستعمال مستهجن جداً ، وغير معهود عند أهل المحاورة .

وهذا بخلاف ما إذا أريد من الحديث الحكم الوضعي فقط ، فإنه وحيثئذ يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الأخذ حتى يرده إلى صاحبه . ولا ريب أنه لا استعجان فيه بوجه .  
ويضاف إلى ذلك : أن حديث على اليد ضعيف السند ، فلا يمكن الاستدلال به على شيء من المسائل الفقهية . وقد تقدم تفصيل ذلك قريباً .

## ما هو حكم مؤونة الرد ؟

الجهة الراسية : أنه إذا وجب رد المقروض بالمقد الفاسد إلى مالكه فهل تكون مؤونة الرد على القانس . أم تكون على المالك ؟ .  
قد فصل المصنف بين ما تكون مؤونة الرد قبلية لحكم بكونها على القانس وبين ما تكون كثيرة لحكم بكونها على المالك ، وذلك لأدلة في الضرر .  
وهصل شيخنا الاستاذ بين ما إذا كانت المؤونة بما يقتضيها طبع الرد فهي على القانس ، وبين غيره فهي على المالك .

وتوضيح كلامه : أن الحكم الشرعي إذا اقتضى في نفسه وبحسب جعله مقدراً من الضرر - نظير وجوب الخس ، والزكاة ، والصوم ، والجهاد ، وأمثالها



من الأحكام الشرعية - كان الحكم المذكور تخصيصاً لقاعدة نفي الضرر . وإذا كان الضرر زائداً على المقدار الذي يقتضيه طبع الحكم الشرعي لم يكن ذلك تخصيصاً لأدلة نفي الضرر ، بل أدلة نفي الضرر تكون حاكمة على دليل ذلك الحكم ، وموجباً لاختصاصه بغير موارد الضرر .

وعلى هذا الضوء - فإن كانت مؤونة الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المالك إلى مالكه فهي على القاض . وإن كانت زائدة على ذلك فهي على المالك ، لأدلة نفي الضرر .

ويرد عليه : أن وجوب الرد في نفسه لا يقتضي أي ضرر ، إذ قد يكون الرد غير محتاج إلى المؤونة أصلاً ، فالمؤونة أمر قد يحتاج إليه الرد ، وقد لا يحتاج إليه ذلك ، وإذا دلل نفي الضرر يقتضي اختصاص وجوب الرد بما لا يحتاج إلى مؤونة .

ومن هنا تظهر الحال في تفصيل المصنف - أيضاً - فإن نحمل الضرر مرفوع في الشريعة المقدسة . ولا فرق بين قليله وكثيره . نعم لا بأس بالالتزام بكون المؤونة على القابض فيما إذا كانت المؤونة من القلة بمرتبة لا تعد ضرراً عرفياً . ولعل هذا هو مراد المصنف من التفصيل الذي نقلناه عنه قريباً .

## هل يجب رد المقبوض إلى مالكه مطلقاً؟

الجهة الخامسة : أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخلي عن المالك وماله ، دون رده إليه فهل هو كذلك على وجه الإطلاق ، وفي جميع الموارد ، أم يجب ذلك في بعض الموارد دون بعض ؟

وتفصيل ذلك : أنه قد يكون المالك والمشتري كلاهما في بلد القبض ، وقد يكونان في بلدين .

وعلى الثاني فتارة ينتقل البائع إلى بلد آخر غير بلد القبض .  
 وأخرى ينقل المشتري المقبوض من بلد القبض إلى بلد آخر .  
 وثالثة ينتقل منه البائع إلى بلد ، وينتقل منه المشتري إلى غير ذلك البلد  
 أما إذا كانا في بلد القبض فقد عرفت أنه لا يجب حينئذ رد المقبوض  
 إلى ماله ، بل تكفي - في هذه الصورة - التحلية بينه وبين ماله ، فإذا أراد  
 المالك أن يأخذ ماله - في أي وقت - أحده بنفسه .

أما إذا كان القابض في بلد القبض ، ولكن انتقل المالك إلى بلد آخر  
 ثم طالبه بما له لم يجب عليه الرد - عندئذ - قطعاً حتى إذا قضا وجوب الرد في  
 الشق الأول ، فإنه لا دليل على جوار مطالته بما له بأزيد من مطالته في بلد  
 القبض .

أما إذا نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر ، وطالب به المالك  
 هو جرد رده إلى بلد القبض ، سواء في ذلك كون المالك في بلد القبض ، وانتقاله  
 إلى بلد آخر ، وعليه فمؤومة الرد على القابض ، ضرورة أن نقل المقبوض إلى  
 غير بلد القبض لم يكن بادن ماله لكي تكون مؤومة الرد عليه ، بل كان ذلك  
 باختيار القابض ، وحينئذ فيجب عليه رده إلى بلد القبض ، وذلك للسيرة  
 العقلية المحكمة في أمثال المقام ، أو لدليل ضيق اليد .

وقد انضح لك بما ي بناء حكم ما إذا انتقل المالك إلى بلد ونقل القابض  
 المال إلى بلد آخر ، فإن المالك إذا طالب القابض بمقل المال إلى البلد الذي هو  
 فيه لم يجب على القابض إجابته . وإذا طالبه برده إلى بلد القبض وجب على  
 القابض رده .

## ما هو حكم المنافع المستوفات؟

قوله : ( الثالث : أنه لو كان للعين المتاعة منفعة استوفاهما قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور ) . أقول المشهور بين الفقهاء : أن القابض بالعقد العاسد يضمن المنافع التي استوفاهما من المقبوض .

بل الطاهر من عبارة الحلبي المحكية عنه من ( أن البيع العاسد عند المحصلين يجري مجرى العيب والضمان ) . هو قيام الإجماع على ذلك .

وقد نسب الخلاف في ذلك إلى ابن حمزة ، حيث إنه حكم بعدم الضمان هنا - محتجاً بأن الخراج بالضمان ، كما في النبوي المرسى .

ويحسن بنا أولاً بيان الوجوه التي استدلت بها على الضمان ، ثم صرف الكلام إلى بيان ما استدلت به ابن حمزة على رأيه .

فنتقول : إنه قد استدلت على الضمان بوجوه شتى .

١ - النبوي المعروف : على اليد ما أخذت حتى تؤديه ( ١ ) فإن عمومته يشمل المنافع المستوفاة أيضاً .

ويتوجه عليه أولاً : أنه ضعيف السند ، وغير منجز بعمل المشهور به لا صغرى ، ولا كبرى ؛

أما الوجه في منع الصغرى فظلم الاطمئنان باعتقاد القائلين بالضمان على الحديث المزبور ، بل اعتمداً أكثرهم على الوجوه الأخرى التي سنذكرها قريباً .

أما الوجه في منع الكبرى فهو ما ذكرناه في علم الأصول ، وأشرنا

( ١ ) قد تقدم ما يرجع إلى هذا الحديث في ص ٨٧ .

إليه <sup>٣</sup> نفاهم أن الشهرة ليست بحجة في نفسها ، فكيف تكون سبباً لحجية الخبر الضعيف ، وجارية لو هن سنده . وتفصيل الكلام في محله .

ثانياً : أنالوسلناشمول صدر الحديث للأعيان المأخوذة . والمنافع المستوفات إلا أنه لا يفتننا - في المقام - لأن الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط . بداهة أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعينه بدءاً . ومع عدم التمكن منه ينوب عنه رد للثل أو القيمة . وعن الواضح أن رد المأخوذ بعينه لا يعقل في المنافع ، لأنها لم توجد في الخارج ليست بمضمونة ، وبعد وجودها فيه تنعدم وتصرم . وحينئذ فلا يمكن أدائها إلى المالك لكي يشملها دليل ضمان اليد .

على أن للساقطة في شمول مفهوم الواحد للنافع مجال ، إذ قد يقال : إن مفهوم الأخذ لا يصدق على استيفاء المنافع ، خصوصاً إذا كانت المفعة من قبيل الأعمال : كمن أمر غيره بمحاولة توبه ، أو بآية داره ، أو بنجارة بابه ولم يبط أجرته ، فانه لا تطلق كلمة الأخذ على شيء من ذلك .

ومن هنا ذكر المصنف فيما تقدم : ( أن مورده ( أي خبر اليد ) يختص بالأعيان ، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة ) .

ولكن الصحيح : أن مفهوم كلمة الأخذ أوسع من ذلك ، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجي ، والالزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار ، والارض ، والبستان ، والحديقة ، وأشباها مما لا يقلل الأخذ الخارجي .

ومما يدل على صحة ما ذكرناه : أن مفهوم الأخذ يصح اتسابه إلى الأمور المعنوية كالعهد ، والميثاق ، والرأى ، وأمثالها ، كما أنه يصح اتسابه إلى الأمور الخارجية واذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجية . وإنما هو كناية

عن الاستيلاء على الشيء ، كما أن كلمة بسط اليد كناية عن الجود ، والسخاء . وكلمة قبض اليد كناية عن البخل ، ولا ريب أن استعمال لفظ الأخذ في هذا المعنى - الذي ذكرناه - كثير في القرآن وغيره ، ومنه قوله ( تعالى ) : لا تأخذنه سنة ، ولا نوم (١) وإذن فالصحيح في وجه المنع عن شمول الحديث للمنافع هو الوجه الثاني ، وهو اختصاص دين الحديث بالآعيان ، وعدم شموله للمنافع ٢ - قوله ( ع ) : حرمة ماله - : أي للمؤمن - كحرمة دمه ( ٢ ) فإن الظاهر من هذه الجملة أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان ، ومن الواضح أنها كما تشمل الآعيان كذلك تشمل المنافع المستوفات - أيضاً - لصدق المال عليها جزماً .

ويتوجه على الاستدلال بها . أن الظاهر منها هو الحكم التكليفي ، بمعنى : أنه لا يجوز إتلاف مال المؤمن بعير إذنه ، كما لا يجوز إراقة دمه . وعلى تقدير أن تكون الحرمة بمعنى الاحترام . فتأية ما تدل عليه هذه الجملة المباركة هي لزوم حفظ مال المؤمن من التلف ، وعدم جعله في معرض الهلاك ، فإن ذلك هو مقتضى الاحترام . أما الضمان فلا يستفاد من ذلك ، وإلا يلزم على كل واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بأفة سماوية ، ولا شبهة في أن هذا المعنى لا يمكن الالتزام به بوجه .

٣ - الروايات الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، وعلى حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه . وقد عرفت صدق المال على المنافع . ولذا تقع ثمناً في البيع ، وعوضاً في الخلع ، وحداقاً في النكاح وهكذا . ويتوجه على الاستدلال بها : أن المستفاد منها ليس

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٥٥ .

(٢) قد تقدم ما يرجع إلى هذه الجملة في ص ٩١ .

الا الحكم التكليفي : أعني به حرمة التصرف في أموال الناس بدون اذنبهم ، أما الحكم الوصفي : أعني به الضمان فلا يستفاد منها . وقد تقدم تفصيل ذلك قريباً (١) .

٤ - قاعدة نفي الضرر ، فإن استيفاء منفعة مال المالك ، وجعله مسلوب النفع ضرر عليه ، وهو منفي في الشريعة المقدسة .

ويتوجه على هذا الاستدلال : أن أدلة نفي الضرر ليست مسوقة لاثبات الحكم الشرعي ، وإنما هي مسوقة لبيان نفي الحكم الضرري .

أضف الى ذلك . أن القاعدة لا تنفي باثبات ضرر على أحد لنفي الضرر من غيره ، فكما أن الحكم بعدم الضمان فيه ضرر على المالك ، كذلك الحكم بالضمان فيه ضرر على القابض .

بل يمكن أن يقال : إن المنافع تنصرف ، وتعدم بنفسها ، سواء في ذلك استيفاء المالك وعدمه ، فالحكم بعدم الضمان ليس فيه ضرر على المالك ، بل لأنه من قبيل عدم النفع ، فلا موضوع للقاعدة أصلاً ، وقد تقدم الكلام فيها يرجع الى الاستدلال بهذه القاعدة في أمثال الموارد قريباً (٢) .

وعلى الحلة : انه لا دلالة في شيء من الوجوه المتقدمة على ضمان المنافع المستوفات .

نعم يمكن الاستدلال على الضمان - هنا - بأمرين :

١ - السيرة القطعية العقلانية ، فإما قائمة على أن أموال الناس لا تنهب هدراً ، وعليه فإذا استولى أحد على مال غيره - سواء أكان ذلك بعنوان الغصب ، أم كان بعنوان آخر - ضمنه بجميع الخصوصيات التي هي دخيل في

(١) راجع ص ٩٠ .

(٢) راجع ص ٩٣ .

المالية ، وحيث أن الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيرة فتكون دليلاً على ضمان المنافع المستوفات .

٢ - قاعدة من أُلّف مال غيره فهو له ضامن . وهي بنفسه الكيفية والخصوصية وأن لم تذكر في رواية خاصة ، ولكنها قاعدة كلية متصيدة من الموارد الخاصة التي تقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد ، وعليه فتكون هذه القاعدة متبعة في كل مورد نمس بها الحاجة . والموارد التي اُخذت منها هذه القاعدة هي الرهن ، والعارية ، والمضاربة ، والاجارة ، والوديعة ، وغير ذلك من الموارد المناسبة لها فإنه قد وردت فيها الأخبار الكثيرة (١) الدالة

(١) عن إسحاق بن عمر ، قال سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يرهن امرئ بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم ، فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم ؟ قال : نعم ، لأنه أخذ رهناً فيه فصل ، وصيه ، الحديث وعن سليمان بن خالد ، عن أبي عبد الله (ع) قال إذا رهنتم عدداً أو دابة فأت فلا شيء عليكم ، وإن هلك الدابة ، أو أتق العلام فأتت صامناً . قال في رهن التهذيب عد قل هذا الحديث فاعنى فيه أيضاً أن يكون سبب هلاكها ، أو إيفاء شيئاً من جهة المرهن

وعن أنان ، عن أحمد (ع) وفي الفقيه أمان عن أبي عبد الله (ع) عن أبي عبد الله (ع) أنه قال في الرهن إذا صاع من عدل منهن من غير أن يستهلكه رهن في حقه عن رهن فاحده ، قالت أسعدك تراء الفصل بينهما . الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ باب الرهن ، ص ٢٣٦ .

وعن وهب ، عن حمزة ، عن أبيه (ع) عن عبيد (ع) قال من استصار عدداً مملوكاً لغوم فيه فهو ضامن ماءً أو على أن العيب من ناحية المستعير . الوافي

على أن أتلاف مال الغير موجب للضمان ، وقد استفاد منها العقباء رضوان الله عليهم قاعدة كلية : أعنى بها قاعدة من أظف مال غيره فهو له ضامن ، فتحصل مما ذكرناه : أن المنافع المستوفات مضمونة على القائض .

---

- وعن الحلبي ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال سئل عن الفصار يصد ؟ قال : كل أحبر يمد على الأخر على أن يصلح يصد فهو ضامن .

وعن السكوني ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال كان أمير المؤمنين ( ع ) يهضم الفصار ، والصاع والصائغ احتياطاً على أمتة الناس . حديث .  
وعن أبي الصباح عن أبي عبد الله ( ع ) قال سأله عن الثوب أدفعه إلى الفصار ، فيحرقه ؟ قال أعرمه ، فإلك : بما دفعته إليه ليصلحه ، ولم تدفعه إليه ليفسده .

وعن السكوني ، عن أبي عبد الله ( ع ) أن أمير المؤمنين ( ع ) دفع إليه رحل استأجر رجلاً يصلح له ، فصره النهار فاصدع الساب ، فصممه أمير المؤمنين ( ع ) الكافي ج ٥ من ط ٢ باب صيان الصاع ص ٢٤٩ .

وعن أبي بصير عن أبي عبد الله ( ع ) قال . هضم أمير المؤمنين ( ع ) في رحل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره ، قال إن كان صبيح شيئاً ، أو أبق منه فواليه صامون . الكافي ج ٥ من ط ٢ من ٣٢ .

والى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المبرورة وغيره .



## ما استدل به على عدم ضمان المنافع المستوفات

قد استدل ابن حمزة على عدم ضمان المنافع المستوفات بالنبوي المشهور  
الخراج بالضميان (١) .

ويرد عليه أولاً : أن الحديث المزبور ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء .  
ثانياً : أن الاستدلال المذكور منتقض بالمصوب ، - حيث إن ضمان  
المنافع المستوفات فيه أمر بديهي لا يعرضه الشك . خلافاً للحنفية ( ٢ ) .  
ثالثاً : أنه لا دلالة في ذلك الحديث على ما يرومه المستدل ، وذلك لأنه  
يحتمل وجوهاً .

١ - أن يكون المراد من كلمة الخراج فيه ماهر المعروف في باب الخراج  
والمقاسمة ، ويكون المراد من كلمة الضمان فيه هو ضمان الأراضي الخراجية بسبب  
التنقيل والاجارة .

ولا يخفى عليك : أن هذا الاحتمال - وإن لم يره في كلمات الفقهاء رضوان  
الله عليهم ، ولكنه أقرب للمحتملات للإرادة من الحديث ، ووقفت يكون  
النبوي خارجاً عما نحن فيه ، ولا يكون مربوطاً بالمقام أصلاً ورأساً .

( ١ ) في ج ٥ من السبقي ص ٣٢١ عن عائشة قالت : قال رسول الله ( ص )  
الخراج بالضميان وفي حلة أخرى من الروايات : أنه قضى رسول الله ( ص ) أن  
الخراج بالضميان وفي ص ٣٢٢ عن عائشة عن رسول الله ( ص ) العلة بالضميان .  
( ٢ ) في شرح فتح القدير ج ٧ ص ٣٩٤ . ولا يصح الماصب مانع ما غصه  
لأنها حصلت على ملك الماصب ، إلا أن ينقص باستعماله فيحرم النقصان .

٢ - أن يراد من الخراج مطلق المنافع أعم من الخراج المصطلح وغيره. ويراد من الضمان المعنى اللغوي : أعى به مطلق العهدة ، سواء أكان ذلك أمراً اختيارياً مترتباً على العقود الصحيحة ، أو الفاسدة. أم كان أمراً غير اختيارى مترتباً على الغصب وعليه فيكون المراد من الباء في كلمة ( بالضمان ) هو السببه أو المقابلة .  
وحينذاك فعنى الحديث : أن المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالمعقود الصحيحة أو الفاسدة ، أو المأخوذة بالغصب مملوكة للصامس ، وأن ضمان العين سبب للملكية المنافع . وعليه فتدل الرواية على عدم ضمان المنافع المستوفات كما عليه ابن حمزة .

ولكن من البعيد جداً ، بل من المستحيل عادة ذهاب ابن حمزة - الذي هو من أعظم فقهاء الإمامية - الى مثل هذا الرأي ، بل هو يناسب مثل أبي حنيفة الذي ائق بعدم ضمان المنافع مع ضمان العين . وقد نقلنا رأيه قريباً في العاشية .

٣ - أن يراد من الخراج المنافع المستوفات ، ويراد من الضمان خصوص الضمان الاختيارى المترتب على المعقود الصحيحة التي أمضاها الشارع المقدس - كالبيع والاجارة ومحوهما - وعليه فلا يكون النبوى المزبور مربوطاً بما أئق به ابن حمزة ، ضرورة أن مورد كلامه البيع الفاسد ، لا البيع الصحيح .  
٤ - أن يراد من الخراج المنافع المستوفات ، ويراد من الضمان الضمان المعاملى الاختيارى ، سواء أكان ذلك محض للشارع المقدس ، أم لم يكن محض له ، فيشمل البيع الصحيح والفاسد كليهما . وعلى هذا فيصلح النبوى أن يكون مدركاً لابن حمزة .

ويتوجه عليه : أنه لا قرينة في الحديث على أن يراد منه هذا الاحتمال ، دون سائر الاحتمالات ، بل قد عرفت قريباً أن الاحتمال الأول أظهر المحتملات

للاعادة من الحديث ويضاف الى ذلك : أن لازم الأخذ بالاحتمال الأخير هو أن كل من استوفى شيئاً من منافع العين فلا بد وأن يرد ذلك الى الضامن وأن كان المستوفى هو المالك للعين ، ومن الواضح أن هذا أمر لا يمكن الالتزام به بوجه .

ثم انه ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزة من جملة من الروايات ( ١ )

( ١ ) عن اسحاق بن عمار ، قال : أخبرني من سمع أبا عبد الله ( ع ) ، يقول وقد سأله رجل وأما عده ، فقال له : رجل مبرح احتاج إلى بيع داره ، ففنى إلى أخيه . فقال له : أبيعك داري هذه ، وتكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي أني إذا حشك شمها إلى سنة تردها لي ؟ قال : لا بأس بهذا إن جاء شمها إلى سنة ردها عليه . فت . فلما كانت فيها غلة كثيرة فأخذ العلة لمن تكون العلة ؟ فقال العلة للمشتري ، ألا ترى أنها لو احترقت لسكنت من ماله ؟ صرسلة .

وعن معاوية بن ميسرة ، قال : سمعت أبا الحارود يسأل أبا عبد الله ( ع ) عن رجل باع داراً له من رجل ، وكان فيه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر ، فشرط أمك إلى أن يتي بى لي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك ، فأتاه عماله قال : له شرطه . قال له أبو الحارود : فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك أمال في ثلاث سنين ؟ فقال : هو ماله ، وقال أبو عبد الله ( ع ) : أرايت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري ، محمولة بمعاوية بن ميسرة ؟ الحاصر الجدار . الوافي ج ١ ص ٦٩ .

وعن اسحاق بن عمار ، قال : قلت لأبي إبراهيم ( ع ) الرجل يرتهن الرجل العلام أو الدار فيصبيه الآفة على من يكون ؟ قال : على مولاه . ثم قال : أرايت لو قتل قتيلاً على من كان يكون ؟ قلت : هو في علق العمد . . . ثم قال أرايت لو -

الواردة في مواضع شتى : مثل قوله ( ع ) - في مقام الاستشهاد على كونه مفعة  
الدار المبيعة في زمان الخيار المشتري - : ( ألا ترى أنها لو احترقت لكانت من  
ماله ؟ ) . وتعض ( ع ) نظير ذلك أيضاً في رواية أخرى . وكقوله ( ع ) - في  
الرهن - : ( وكذلك يكون عليه ما يكون له ) .

ويتوجه عليه : أن الروايات المذكورة ليست مسوقة لبيان الكبري  
الكلية ، بل العرض منها هو التبيهة على أن الدار ملك المشتري ، والرهن  
ملك للراهن ، فيكون عاؤ الدار مملوكاً للمالكها ، ونماؤ الرهن مملوكاً للمالكه ،  
وهذا ظاهر .

## ما هو حكم المنافع غير المستوفات ؟

قوله : ( وأما المنفعة القائمة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان ) .  
أقول : المشهور بين العقهاء هو أن المنافع القائمة بغير استيفاء - أيضاً -  
مضمونة على القاض ، بل الظاهر من الحل هو حكاية الإجماع على ذلك حيث  
حكى عن السرائر في آخر باب الإجارة الاتفاق على ضمان منافع المنسوب  
القائمة ، مع قوله في باب البيع : إن البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى  
المسبب والضمان .

بل يقتضي الحكم بالصمان صدق عنوان المال على تلك المنافع فإنما عندئذ  
تكون مشمولة لقاعدة من ألتف مال غيره فهو له ضامن .

ولكن التحقيق هو عدم الضمان - هنا - لعدم الدليل عليه ، وسيضع

---

كان فقه مائه دينار مراد وسع مائة دينار من كان يكون ؟ قلت : مولاة . قال .

وكذلك يكون عليه ما يكون له . موثقة ما من عمار . الوافي ج ١٠ ص ١١٦

والتهذيب ج ٧ ص ٢ ط ١٧٢ .

لك وجهه .

ثم لا يحى عليك : أن التكلم - ها - في الضمان وعدمه إنما هو بمدافراغ  
عن الحكم بالضمان في المنافع المستوفات ، أما إذا لم نقل به - هناك - بعدمه  
- هنا - بالأولية القطعية .

وأيضاً لا يحى عليك ما في كلام المصنف من الاضطراب ، فإنه تارة يفق  
بالضمان ، واخرى يفق بعدمه . وثالثة يتوقف في المسألة .

ثم إن مورد البحث - ها - ما إذا لم يكن فوت المنافع من ناحية وضع  
القابض يده على المقبوض بالعقد الفاسد ، وإلا يكون ذلك من مصاديق المنصوب  
ويجوز عليه حكمه .

ثم إن الأقوال في المسألة - ظاهراً - خمسة :

١ - الضمان مطلقاً ، وقد ذهب إليه المشهور .

٢ - عدم الضمان كذلك ، كما عن غير المحققين في الايضاح

٣ - التفصيل بين علم البائع بالفساد ، وبين جهله به ، فيحكم بعدم الضمان  
في الأول ، وبالضمان في الثاني .

٤ - القول بالتوقف في الصورة الثالثة .

٥ - التوقف على وجه الاطلاق .

أما القول بالتفصيل بحيث إذا لم نقل به في المنافع المستوفات ، فلا نقول  
به - هنا - أيضاً ، لأن القائل بعدم الضمان - في صورة العلم بالفساد - إنما توهم  
ذلك من جهة أن المالك قد سلب القابض على ماله لكي يتصرف فيه كيف يشاء  
ولكننا ذكرنا فيما سبق أن اذن المالك - في مورد بحثنا - إنما كان  
مشروطاً بحصول الملكية الشرعية ، وهي لم تحصل ، والمفروض أنه لم يحصل

- هنا - اذن آخر جديد . واذن فالمسألان من حيث الضمان وعدمه بيان .  
أما القول بالتوقف فالظاهر أنه لا يعد رأياً خاصاً في المسألة ، بديهية أن  
واقع التوقف ليس الا اظهار الجهل بالحكم ، ومن البين الذي لا ريب فيه أن  
الجهل بالحكم لا يعد قولاً برأسه . واذن فيقولان الأولان : أعني بهما  
القول بالضمان على وجه الاطلاق ، والقول بعدمه كذلك .

ويحس بنا أولاً أن تقدم مقدمة أمام البحث من هذين القولين .  
وحاصلها : أن العاصب إنما يضمن العين المصوبة للنصب منه بجميع  
خصوصياتها الشخصية والتوعية ، للسيرة القطعية العقلانية ، فإما قائمة على أن  
الإنسان إذا وصع به على مال غيره على سبيل القهر والعنوان لزم عليه رده على  
مالكه بجميع خصوصياته وشؤونه ، ومن الواضح أن منافع المال تعد من  
شؤونه ، سواء أكانت مستوفات ، أم لم تكن كذلك ، فتكون مضمونة  
على القابض .

ويضاف الى هذه السيرة أمران :

- ١ - قاعدة من أئلف مال غيره فهو له ضامن . وقد عرفت قريباً ؛  
أن هذه القاعدة مأخوذة من الأخبار الكثيرة الواردة في مواضع شتى ، ومن  
الواضح أن القابض قد أئلف المنافع المترتبة على المنصب فتكون مضمونة عليه
- ٢ - الأخبار ( ١ ) الدالة على وجوب رد المنصب على المنصب منه  
فإن الظاهر منها هو رد ذلك عليه مع جميع شؤونه وخصوصياته ، ولم يجد  
مخالفاً في ذلك من الخاصة والعامة . الا الحنفية ( ٢ ) .

( ١ ) الوسائل ح ٣ باب ١ من أبواب النصب . ص ٣٢٥ .

( ٢ ) قد اشترى إلى رأيهم في ص ١٣٣ .

نعم قد عرفت ذهاب ابن حزم الى عدم الضمان في منافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد ، سواء في ذلك المنافع المستوفات وغيرها ولكن ذلك قريب من المنصوب .

وعلى هذا فيجب على العاصب رد العين المنصوبة على المنصوب منه بجميع منافعها حتى المنافع الفائتة بغير استيفاء ، وإذا تلفت العين انتقل الضمان الى المثل أو القيمة ، ولعل هذا المعنى هو المقصود من العبارة المعروفة بين المحصلين من أن العاصب يؤخذ بأشق الأحوال . والا فلا وجه لها بوجه .

نعم لا يحكم بكون المنصوب مضموناً على العاصب بالخصوصيات الشخصية التي لا دخل لها في زيادة المالية ، ضرورة أنه لا دليل على الضمان في أمثال ذلك .

ثم لا يعني عليك أن العاصب إنما يضمن المنافع الفائتة إذا استدعوا اليه . أما لو استدعوا ذلك الى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان العاصب في أمثال ذلك .

ومثاله : أنه إذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله في زمان دون زمان ، ونصبه العاصب ، وتركه على حاله الأولية لم يضمن إلا بمنافعه المستوفات ، دون منافع الفائتة بغير استيفاء ، فالمنافع التي لا تكون العين مدة لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء .

إذا عرفت ما تلونا عليك فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب الى ضمان المنافع مطلقاً ، لوجوه :

١ - حديث ضمان اليد ، بدعوى أنه شامل للمنافع الفائتة بغير استيفاء لكونها مقبوضة ببيع قبض العين ، ومن ما يتحقق قبض المنفعة بقبض العين المتأجرة ، فتدخل المنفعة - بذلك - في ضمان المستأجر . ويتحقق قبض

الثمن في السلم بقبض البجارية التي جعلت خدمتها ثمناً ، وكذلك يتحقق قبضه بقبض الدار التي جعل سكنها ثمناً .

وردد عليه أولاً : أن حديث ضمان اليد ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء ، وقد هرفته فيما تقدم ( ١ ) .

ثانياً : أنه لا يشمل المنافع المستوفات فضلاً عن شموله للمنافع غير المستوفات ، وقد تقدم ذلك قريباً ( ٢ ) .

ثالثاً : أنا لو سلمنا شموله للمنافع المستوفات ، إلا أنه لا يشمل المنافع الفائتة بغير استيفاء ، لأن لفظ الأخذ - في الحديث المزبور - وإن كان كناية عن الاستيلاء على الشيء ، ولكن لا يصح تعلقه بالمنافع الفائتة بغير استيفاء ، لعدم تحققها بالقمل وإن كانت موجودة بالقوة ، إلا أن الوجود الاستعدادي لا يصح صدق الاستيلاء الموجب للضمان .

نعم إذا قدرت هذه المنافع المدومة بتقدير خاص - كما في الاجارة - صح تعلق الاستيلاء بها .

قيل : ان المنافع غير المستوفات كما لا تقبل الأخذ ، كذلك لا تقبل القبض - أيضاً - لأن قبضها عبارة عن استيفائها ، ومعه تخرج عن حدّ العدم وتصور من قبيل المنافع المستوفات ، وإذن فتكون خلاصة عن مركز محتمل ، لأن مورد بحثنا - هنا - إنما هو المنافع الفائتة بغير استيفاء ، لا المنافع المستوفات والجواب عن ذلك : أن القبض يختلف حسب اختلاف الموارد ، لأنه قد يتحقق بالتخلية بين المال ومالكه ، وقد يتحقق بالأخذ ، وقد يتحقق بإرجاع أمر الشيء إلى شخص . ومن البين أن قبض المنافع غير المستوفات إنما يتحقق

( ١ ) ص ٨٨ .

( ٢ ) ص ١٢٨ .



بأرجاع رمام العين ورقبتها الى مالك منافع العين، وهذا المعنى لا يستلزم استيفاء المنافع. وقال المحقق النخراسانى : إن (مورده) أى حديث ضمان اليد (وإن كان مختصاً بالأعيان، إلا أن قضية كونها مضمومة ضمان منافعها. ف ضمان المنافع فى الاجارة العاسدة انما يكون ببيع ضمان العين المتأجرة .

وبالجملة : قضية ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمومة بها . فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها ) .

ويتوجه عليه : أنه ان كان غرضه من هذه العبارة : أن مالية الأعيان باعتبار منافعها المرغوبة للمقلاء - ضمان العين يستلزم ضمان ماليتها المتقومة بالمنافع - فهو متين ، لأن العين بما هى هى ليست لها مالية بوجه ، بل ماليتها بلعاط منافعها ، ولكن لا دلالة فى ذلك على ضمان المنافع المستوفات فضلاً عن ضمان المنافع غير المستوفات ، وهذا واضح .

وان كان غرضه من العبارة المذكورة : أن ضمان الأعيان علة لضمان منافعها فهو مصادرة واضحة .

أضف الى ذلك : أن ضمان المنافع المستوفات أمر بديهي وان لم تكن العين مضمومة ، كما اذا استوفى عمل حر ، حيث إن الحر بنفسه غير مضمون ولكن عمله مضمون .

٢ - قوله بعمل اقه مرجه : ( فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير اذنه (١) ) .

ويتوجه عليه أولاً : أنه ضعيف السند ، وغير منجبر بشئ ، فلا يمكن الاستناد اليه فى شئ من المسائل الفقهية .

ثانياً : أن نسبة عدم الحل الى التصرف فى مال الغير ظاهرة فى الحكم

التكليف ، لا في الحكم الوصفي ، ولا في الأعم منهما ، وعليه فلا دلالة في الرواية على ضمان الأعيان مطلقاً عن دلالتها على ضمان المنافع

ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات (١) - الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم الا يطيب نفسه - على الضمان -ها- ضرورة أن انطأهر من نسبة الحق الى المال إنما هو ارادة حرمة التصرف فيه ، على ما ذكرناه مراراً . ومن البين أن هذا لا يناسب لا الحرمة التكبيلية ، لا الحرمة الوصية كما أن المراد من حرمة لامهات والبيات والحالات حرمة تكاخص . واذن فتتعد الروايات المروورة عن دلالة على الحكم الوصفي : أعني به الضمان .

٣ - قوله ( ع ) في حجه من الروايات (٢) : حرمة ماله ( أى المؤمن ) كحرمة دمه ، يدعى أن ماله الأعيان باعتبار ناس العقل فيها . وعليه نفس المنافع من الأموال ، من مهماتها ، وإذا ثبت كونها من الأموال شملتها الحلة الشريعة المذكورة ، فيثبت ذلك احترامها وصنماها .

ويتوجه على هذا الاستدلال : أن أحلة المروورة وإن وردت في موثقة ابن بكير وغيرها ، ولكن لا دلالة فيها على الضمان بوجه ( ٣ ) .

٤ - قاعدة بن الضرر ، حيث أن الحكم بعدم ضمان القاض مافعه مافضه من الأعيان ضرر على المالك (٤) .

ويتوجه عليه : أن الحكم بضمان القاض ضرر عليه أيضاً ، فتقع المعارضة في شمول القاعدة لكلا الطرفين .

(١) قد ذكرناها في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

(٢) قد ذكرناها في ص ٩١ .

(٣) قد عرفت تفصيل ذلك في ص ٩٩ .

(٤) قد تقدم ما يرجع إلى هذه القاعدة في ص ٩٤ .

ويضاف الى ذلك : أن القاعدة المذكورة بما تنبئ الأحكام الضرورية ، ولا دلالة فيها على اثبات حكم آخر الذي يلزم لضرر من عدم حمله .  
 هـ - قاعدة من أثلف ، وقد استدلل بها السيد في حاشيته - عند قول المصنف ، فالمشهور فيها أيضا الصواب - واليك نصه : ( هذا هو الأقوى بمعنى : أن حاله حال لعين ، لقاعدة الإلحاق ، فإن الاستيلاء على لعين ، ومسح المالك عن الانتفاع بها تعويت لهاها . ويصدق عليه الإلحاق عرفاً . ولذا يحكم بالضمان لها في النصب ) .

ويوجه عليه ، أما مع صدق التعويت على المدفع لعمته بغير استعفاء لا إذا استدعيت العرب الى انقاصه بأن وضع يده على مال لعين وحسبه بحيث لا يتمكن مالكه من التصرف به . وحيث يدعى بشأن بقوص بالمقتضى لعمدة بشأن المصوب .  
 ٦ - لإجماع ، وقد استظهره المصنف من السرائر والندرة ، واستند اليه في الحكم بالضمان هنا .

ويرد عليه : أنه لا وجه لدعوى الإجماع في أمثال هذه المسائل الخلافية إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك القائلين بالضمان - هاهنا - ما ذكرناه من الوجوه المأصية ، ويصح هذا المعنى من أعطف لنظر على كدهم في المقام . ومن هنا ناقش السيد في كلامه بصف ، وقال ، الاصل أن لا يفرص عن تأمية ما ذكرناه من الأدلة على الصواب لا وجه للقول به من جهة هذين الإجماعين الميقولين بعد عدم حجية الإجماع استقوال ، وعدم معلومية الشمول للبقام )

و اعجب من شيخنا الاستاد حيث دفع المناقشة المزورة بأن ( اختياره ( أى المصنف ) الضمان أحيراً ليس لاعتقاده على الإجماع لمقصور ، مع أنه قد منكر لحجته في الأصول ، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف

اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد والاحترام للمنافع).

ووجه العجب : أن المصنف قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحاً في صدر كلامه ، وحكم بعدم إمكان التمسك بهما - هنا - ومعه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه .

والمصنف وإن ناقش في حجية نقل الإجماع في فرائده ، إلا أنه اعتمد عليه في محل البحث وغيره .

وتيجة البحث إلى هنا : هي أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يضمن بمنافعه غير المستوفات ، لعدم الدليل عليه .

ويؤيد ما ذكرناه - من عدم الضمان هنا - ما ورد من الروايات (١) في ضمان المنافع المستوفات من الجارية المسروقة المبيعة ، فإن هذا الأخبار - مع ورودها في مقام اليان - غير مترتبة للضمان بمنافعها غير المستوفات . وأيضاً يؤيد ذلك خبر محمد بن قيس (٢) الذي ورد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه ، فقال الإمام (ع) : الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها ، وسكت (ع) عن بيان الضمان في المنافع غير المستوفات .

ويضاف إلى ذلك كله : أن المنافع غير المستوفات - في المقبوض بالعقد الفاسد - مورد لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، ضرورة أن صحيح البيع لا يوجب ضمان المنافع الفاتئة بغير استيفاء لأنها ملك للبشترى مجاناً ، كذلك البيع الفاسد .

وهذا لا يتقضى بالقول بالضمان في المنافع المستوفات ، وذلك لصق

(١) قد ذكرناها في ص ٨٩ .

(٢) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ . وسيأتي التمرص لهذا الخبر في البحث

عما استدلل به على صحة البيع الفضولي .

ج ٣ ماهو الدليل على ضمان المثل في المثل ، وضمان القيمة في القيمة ١٤٥  
 الاتلاف على استيفائها ، فتكون متدرجة تحت قاعدة من أ تلف مال غيره  
 فهو له صامن .  
 قيل ان المقبوض بالعقد الفاسد ، والمنصوب بيان في ذلك ، والالتزام  
 بالتفكيك بينهما لا يتفق والقواعد الفقهية .

والجواب عن ذلك : أن الفارق بينهما كالشمس في كبد السماء ، لأن  
 العاصب إنما يأخذ المال من المنصوب منه بالفهر والمعنون ، فيكون مضموناً  
 عليه بجميع خصوصياته وهذا بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد . فإن المالك قد  
 دفعه إلى القابض باختياره ، والمفروض أنه لا يمنع المالك من التصرف فيه  
 بوجه . وعليه فقوت المنافع إنما استند إلى نفس الدافع ، لا إلى القابض واذن  
 فلا وجه لقياس المقبوض بالعقد الفاسد بالمنصوب ، وعليه فتصبح المنافع  
 الفائتة بغير استيفاء غير مضمونة في المقبوض بالعقد الفاسد .

## ما هو الدليل على ضمان المثل

في المثل ، وضمان القيمة في القبي

قوله : ( الراسع إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف ،  
 إلا ما يحكى من ظاهر الاسكافي ) . أقول : لا يجنى عليك : أن ظاهر عبارة  
 المصنف هو ذهاب الاسكافي إلى ضمان القيمة في المثل ، وهذا مناف لما سيأتى  
 منه قريباً ( ١ ) من نسبه ضمان المثل في القيمي إلى الاسكافي .

والمظنون قوياً - واقع العالم - هو وقوع السقط في عبارته - هنا -

( ١ ) قال في الأمر السابع : لو كان لتالف المبيع فاسداً قيبياً فقد حكى  
 الاتحاق عن كونه مضموناً بالقيمة ، ثم قال قد أسطر : فقد حكى الخلاف في ذلك  
 عن الاسكافي .

فكأنه قال : إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله ، وإن كان قيمياً وجبت قيمته بلا خلاف في ذلك بين الأصحاب ، إلا عن الاسكافي ، فانه حكم بضمان المثل في القيمي أيضاً .

وكيف كان فقد استدل على ضمان المثل في المثل وضمان القيمة في القيمي بوجوه شتى :

١ - قوله ( من ) على اليد ما أحدث حتى تؤديه (١)  
ويرد عليه أنه لا دلالة فيه على مذهب المشهور : أعنى به الحكم بضمان المثل في المثل ، وضمان القيمة في القيمي ، لأن الطاهر منه هو ثبوت العين بدءاً في عهدة الآخذ ، وإذا تمذر أدائها بعينها انتقل الضمان إلى المثل . وإذا تعذر المثل أيضاً انتقل إلى القيمة ، من غير فرق في ذلك بين المثل والقيمي .  
ولا ريب في أن هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقاً تاماً ، بل مقتضاه أن ضمان القيمة في طول ضمان المثل ، كما أن ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين التي احدثت من ماله كما بغير سبب شرعي  
وقد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما قيل من أن حديث ضمان اليد غير متعرض لأداء البدل ، بل هو طاهر في وجوب رد العين إلى مالكها ، ولا شك في أن هذا الوجوب يسقط تنفيع العين .

كما أنه ظهر لك مما بيناه - أيضاً - فساد ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن وجوب رد العوض مشروط بكون التالف ( مما يتمول عرفاً وشرعاً ، فتل الخنفساء والحجر وإن وجب ردهما حين بقائهما لجهة حق الاختصاص الثابت لمن أخذ منه إلا أنه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان ) .

ووجه الفساد : هو أن وضع اليد على متعلق حق الغير بدون سبب

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوي في ص ٨٨ .

ح ٣ ما هو الدليل على ضمان المثل في المثل و ضمان القيمة في القيمي ١٤٧

شرعى بوجب ضمانه ، وإذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل نعم إذا تعذر المثل أيضاً بقي التالف في عهدة الضامن ، إذ المفروض أنه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه - مع تعذر مثله - إلى قيمته .

ولكن الذى يسهل الخطب هو أن حديث ضمان اليد ضعيف السند وغير منجبر بشئ ، كما سمعته مراراً ، فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من الأحكام الفرعية ٢ - ما دل على احترام مال المؤمن ، وأن حرمة ماله كحرمة دمه ( ١ ) ولكن قد عرفت فيما سبق عدم دلالة على الضمان بوجهه ، بل الظاهر منه هو الحكم التكليفي ، وعليه فبدل على حرمة التصرف في مال المؤمن بدون إذنه وطلب نفسه .

ويضاف إلى ذلك : أنما لو سلطنا دلالة على ثبوت الضمان ولكن لأنفسنا دلالة على ضمان المثل في المثل ، وعلى ضمان القيمة في القيمي ، بل مفاده أنما هو ثبوت الضمان بالبدل الواقعي .

٣ - الروايات ( ٢ ) الدالة على أن الأمة المتاعة إذا وجدت مسروقة - بعد أن أولدها المشتري - أخذها صاحبها ، وأخذ المشتري ولده بالقيمة ، حيث إن حكم الامام ( ع ) بضمان قيمة الولد ظاهر في أن ضمان القيمي بالقيمة والجواب عن ذلك : أن هذه الروايات وإن كانت صريحة في الضمان إلا أنها غير طاهرة في ضمان المثل في المثل ، وفي ضمان القيمة في القيمي ، نعم هي غير خالية عن الإشعار بذلك وقد تقدم ما يرجع إلى هذه الروايات عند البحث عن مدرك الضمان في قاعدة ما يضمن .

وعدوى الإجماع على ضمان المثل في المثل ، وعلى ضمان القيمة في القيمي

( ١ ) قد عرفت ، يرجع إلى ذلك في ص ٩١ .

( ٢ ) قد تقدمت هذه الروايات في ص ٨٩ .

ويتوجه عليه : أنا ذكرنا مراراً أن الاجماع لا يكون حجة إلا مع القطع  
بكشفه عن رأى المصوم (ع) ومن الذين لا ريب فيه أن العلم بذلك  
مشكل جداً ، بل المسلمون قوياً هو استناد المجمعين - هنا - إلى الوجوه المتقدمة  
ولا يفرق فيما ذكرناه بين الاجماع المقول ، والاجماع المحصل .

أضف إلى ذلك : أن الاجماع - هنا - قد اعتمد على مفهوم بمحل ،  
لا مفهوم مبين لكي يكون الرابع - عند الشك في أن الضمان المثل أو القيمة -  
في تطبيق المفهوم المبين على المشكوك فيه ، وهذا ظاهر لا حفاء فيه .

هـ - قوله تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (١)  
وعن الشيخ أنه استدل بهذه الآية - في المسيوط والخلاف - على ضمان المثل  
في المثل ، وضمان القيمة في القيمي ، بدعوى أن المثلة إنما تقتضي ذلك .  
ولكن الظاهر أنه لا دلالة فيها على ما يرويه المستدل ، إذ الاستدلال  
بها على ذلك يتوقف على أمور ثلاثة :

الأول : أن تكون كلمة ( ما ) في الآية الكريمة موصولة ، لامصدرية .  
الثاني : أن يراد من هذه الكلمة الموصولة الشيء المعتدى به : بأن يكون  
المعنى فاعتدوا عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم .

الثالث : أن يراد من كلمة المثل في الآية الشريفة المثل في المثل ، والقيمة  
في القيمي ، وأنى للمستدل إثبات هذه الأمور كلها .

أما الأمر الأول فيرده أنه لا قرينة على أن يراد من كلمة ( ما ) كونها  
موصولة ، بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية ، وعليه فتكون معنى  
الآية : أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم ، وإذن فتختص الآية بالاعتداء  
بالأفعال . وبعد عن مورد البحث ، بداهة أن مماثل الاتلاف هو الاتلاف ،



ج ٣ ما هو الدليل على ضمان المثل في المثل وضمان القيمة في القيمي ١٤٩

دون الضمان ، ومن الواضح أن هذا الاحتمال يمنع من الاستدلال بالآية الكريمة على المقصود .

بل المحكى عن المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه هو تعيين هذا الاحتمال فانه بعد ما ذكر جملة من الآيات - التي منها الآية المتقدمة - الظاهرة في جواز الاعتداء بالمثل قال : فيها دلالة على جواز القصاص في النفس ، والطرف ، والجروح . بل جواز التعويض مطلقاً حتى ضرب المضروب ، وشتم المشتوم بمثل فعلهما - إلى أن قال - وتدل على عدم التجاوز عما فعل به متحرِّم الظلم والتعدي أما الأمر الثاني فيرده أنه لا قرينة على أن المراد من الشيء هو المعتدي به : أعني به الأعيان الخارجية من القدر والعرض ، بل يحتمل أن يراد به الفعل أعني به الاعتداء ، وعليه فتكون الآية غريبة عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمة ( ما ) فيها موصولة .

ويحتمل أن يراد من الشيء ما هو الأعم من الفعل والمعتدي به وحيث قد تدل الآية على جواز اعتداء المضروب بالضرب ، واعتداء المشتوم بالشتم وعلى جواز إتلاف المال في مقابل الاتلاف ، وعلى جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة وأخذ الفضة بدل الفضة وهكذا .

وعلى هذا الاحتمال لا يستفاد من الآية الضمان - أيضاً - بل ولا جواز تملك المغصوب منه شيئاً مما أخذه من الغاصب ، بل غاية ما يستفاد منها حيث لا يتم جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص ، بلا كونها ملكاً للتصرف ، ضرورة أنه لا ملازمة بين جواز التصرف في شيء وبين كونه ملكاً للتصرف ، ومن هنا يحوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة مع عدم كونه ملكاً للاخذ بناءً على أنها تفيد الإباحة فقط .

ولو أغضنا عن جميع ذلك ، وسلبنا اختصاص لفظ الموصول بالشيء .

المعتدى به ، ولكن لانتم انطبق الآية على مسلك المشهور من جميع الجهات بديهية أن معاد الآية على هذا المنهج إنما هو الاعتداء بمثل المعتدى به ، وعليه فتكون الآية ظاهرة في ضمان المثل في كل من المثل والقي ، وحيث أن تعذر المثل كان دفع القيمة بدلا عن المثل الثالث في الذمة ، لا بدلا عن العين الثالثة ابتداءً أو كما يرويه المستدل .

أما الأمر الثالث فيردده عدم وجود القرينة على إرادة ضمان المثل من الآية في المثل ، وإرادة ضمان القيمة في القبي ، لأن المانة لا تقتضي هذا المعنى بل هي أهم من ذلك .

ونحصل من جميع ما ذكرناه : أنه لا دلالة في شيء من الوجوه الماضية على مسلك المشهور : أعني به ضمان المثل في المثل و ضمان القيمة في القبي . والتحقيق : أن يستدل على ذلك بالسيرة ، كما أما اعتمادنا عليه في القول بالضمان في أصل المسألة : أعني بها مسألة المقبوض بالمعد الفاسد .

وبيان ذلك : أن العقلاء متفقون على أن الإنسان إذا أخذ مال غيره ، ووضع يده عليه بغير سبب شرعي ضمنه بجميع خصوصياته الشخصية والمالية والنوعية ، وأنه لا يخرج عن عهده إلا برده عنه على ما أسكه وإذا تلفت العين وجب على الضامن رد ما هو أقرب إليها ، لأن تلفها لا يسقط الضمان عنه جزئاً ، ومن الواضح أن الأقرب إلى العين الثالثة إنما هو المثل في المثل والقيمة في القبي ، وعلى هذا فلا يكتفى برد أحدهما في موضع الآخر إلا برضى المالك ، وهذا واضح لا شك فيه .

ويقيد ذلك بأن المرتكز في أذهان العقلاء هو أنه لا يحصل فراغ الذمة إلا بأداء المثل في المثل ، وبأداء القيمة في القبي .

## ما هو الفارق بين المثلى والقيمي

قد اختلفت كلمات الفقهاء في ذلك :

فمن الشيخ والخلى والمحقق والعلامة وجمع آخر : أن المثلى ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة . بل هذا هو المشهور بين الأصحاب .  
وعن التحرير : أنه ما تماثلت أجزاؤه ، وتقاربت ، صفاته .  
وعن الدروس والروضة : أنه المتساوى الأجزاء المنفعة المتقاربة الصفات  
وعن عاية المراد : أنه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية .  
وعن بعض العامة : أنه ما قدر بالكيل والوزن .  
وعن آخر منهم : زيادة جوائز يبعه سلباً .  
وعن ثالث منهم : زيادة جوائز يبع بعضه ببعض ، وإلى غير ذلك من التعاريف .

أما القيمي فمرفوه بعكس ما عرفوا به المثلى  
ثم إنه قد كثرت النقض والابرام حول التعاريف المذكورة تارة بعدم الاطراد  
واخرى بعدم الانكاس ، وثالثة من سائر الجهات .  
ولكن لا يهمننا التعرض لشيء من تلك التعاريف ، ولا التعرض لما  
يتوجه عليها من المناهضات ، ضرورة أن لفظي المثلى والقيمي لم يردا في آية ،  
ولا في رواية ، ولا انقصد عليهما اجماع ولا المحصل ، ولا المقول لكي نبعث  
عنهما تارة من حيث الشرح والتفسير ، واخرى من حيث الاطراد  
والانكاس ، وثالثة من سائر الجهات ، بل ذكرهما الفقهاء لتعيين ما وجب على  
الضامن حين الأداء ، ولعل هذا هو المقصود من التعاريف المذكورة من غير

أن يحملوها تعاريف حقيقية ولعل من هذه الجهة أصيب إلى تعريف المثلث أنه يجوز بيعه سلباً ، أو بعضه ببعض كما عرفته قريباً ، إذ لو كان الغرض من تلك التعاريف التعاريف الحقيقية لما جاز ذكرهما فيها ، لأنهما من الأحكام الشرعية فلا معنى لأخذها في التعريف وإذن فالتعاريف المذكورة وغيرها كلها تعاريف لفظية وإنما ذكرت ههنا لبيان غرض واحد ، فاللزم علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد . وتوضيح ذلك إجمالاً : أن أوصاف الأشياء على قسمين ، إذ قد يكون لها دخل في المالية ، وقد لا يكون لها دخل في المالية بوجه :

أما القسم الثاني فهو خارج عن مركز بحثنا ، لعدم دخله في مالية الموصوف فلا يكون تفويته موجباً للضمان .

أما القسم الأول فإن كانت للموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الجنس فهو مثلي ، ضرورة أن المراد الكل مع فرض تماثلها متساوية الأقدام ومتقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينها في نظر العرف ، وإن كان بينها فرق بالدقة العقلية ، وإن لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمي .

وعلى هذا فالمراد من كلمة الأجزاء التي ذكرت في التعاريف المتقدمة إنما هو أفراد الطبيعة ، لا أجزاء المركب ، كما هو واضح ، وهذا هو الحجر الأساسي والضابط الكل في المقام وقد اتضح لك مما بيناه أن التماثل بين أفراد الموصوف يختص - في الخارج - بالاتحاد النوعي والصنفي ، أما الاتحاد الجنسي فهو بنفسه لا يصح التماثل في جميع الموارد ، وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

ثم لا يخفى عليك : أن المثلي والقيمي يختلفان بحسب الأزمنة والامكانات فإن الأثواب وإن كانت من القيميات في الأيام السالفة ، ولكنها أصبحت من المثليات - غالباً - في العصر الحاضر ، لأن أكثرها منسوج بنسج واحد وأنها متماثلة الأفراد في الخارج غالباً .

ومن هنا ظهر : أن القود الرائجة من المثليات ، لتساوى أروادها على النهج المزبور . أما الجواهر فهي قيمة ، لاختلاف أروادها - غالباً - إذ قد يساوى مقدار حمصة من الياقوت - مثلاً - ربع دينار ، ويسوى فرد آخر منه بالمقدار المزبور مائة دينار . وهكذا الفيروزج وأشباهه .  
وعلى الجملة : إن التأمل فيها يباه من الضابط الكلى للمثلى والقيمى يوضع لنا الشبهات الواردة على تعاريفها فاهم واغتم .

## ما هو الضابط فيها شك في كونه مثلياً أو قيمياً؟

قد وقع الخلاف بين الفقهاء في كثير من الأشياء أنها مثلية أو قيمة ، منها الذهب والفضة المسكوكان ، فقد حكى التصريح - عن الشيخ في المبسوط - بكونهما قيمين ، وطاهر غير واحد من الفقهاء أبهما مثليان .  
ومنها الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، فإن الطاهر من العبائر المحكية عن المبسوط والعنية والسرائر أنها من قبيل القيميات ، ولكن حكى التصريح من العلامة - في التحرير - بأن أصولها مثلية ، إلا أن المصوغ منها قيمى .  
ومنها الرطب ، والعنب ، والريب ، والتمر ، حيث حكى التصريح من الشيخ - في المبسوط - بكون الأولين قيمين ، وكون الآخرين مثليين ، وعن العلامة - في المختلف - أن في الفرق إشكالا ، بل ذكر المصنف أنه صرح ببعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين

وإلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التي لم يستوضح كونها مثلية أو قيمة . وكذلك لم يستوضح أن الأصل اللفظى - في الموارد المشكوكة - هل يقتضى كونها مثلية إلا ما خرج بالدليل ، أم يقتضى كونها قيمة إلا ما خرج بالدليل .  
ولعل الوجه في ذلك : أن الأئمة ( ع ) قد أغفلوا هذه الجهات ، ولم

يتفضلوا بما هو الضابط الكلي في ذلك ، بل إنما تعرضوا لبيان أصل الضمان في موارد شتى ، ولم يتعرضوا لكيفية الضمان إلا في موارد قليلة .

وعليه فإذا علمنا بكون شيء مثلياً أو فيمياً لا تطابق ما ذكرناه من الضابط الكلي - عليه فهو ، وإن شك في ذلك فلا بد من الرجوع إلى الأصول العملية ، وقرروا ذلك بوجوه شتى :

١ - القول بضمان المثل فقط لا غير .

٢ - القول بصمان القيمة فقط ، لا غير .

٣ - القول بتخيير المالك بين المثل والقيمة .

٤ - القول بتخيير الضامن بينهما .

أما الوجه في الحكم بضمان المثل فقط فلأن الواجب على الضامن ائداء إما هو أداء المثل حتى في القيميات ، لكونه أقرب إلى التالف من غيره . أما أداء القيمة في القيميات فإنما هو من باب الأرفاق للضامن ، إذ لا يوجد ضابطاً مثل للقيميات في الخارج .

ثم إن فراع الذمة بأداء ما يحتمل تعينه قطعي ، وبأداء غيره مشكوك فيه ، فالأصل هو عدم سقوط ما في ذمة الضامن إلا بأداء المثل لأنه إذا دار الأمر بين التعيين والتخيير وجب الأخذ بما احتمل تعينه .

ويرد عليه : أن الواجب على الضامن ائداء إما هو أداء القيمة في القيميات ، دون أداء المثل ، وقد عرفت ذلك قريباً .

ويضاف إلى ذلك : أما لو سلمنا صحة المبنى ، إلا أننا لا نسلم صحة البناء وذلك لأن القاعدة تقتضي الالتزام بالتعيين تارة ، وبالتخيير أخرى ، لا الحكم بالأخذ بما احتمل تعينه .

وبيان ذلك : أنه إذا كان - هنا - حكم واحد ، ودار أمره بين التعيين

- لاحتمال الأهمية - وبين التخيير حكم بالتخيير ، ولم يؤخذ بمحتمل الأهمية وإذا كان - هنا - حكماً ، ودار أمرهما بين التعيين والتخيير - في مرحلة الامتثال والفعلية من ناحية المراجعة - وجب الأخذ بما احتمل تعيينه .

والوجه في ذلك : أن المراجعة بين الحكيمين - في باب المراجعة - إنما نشأت من شمول الاطلاق - في كل من الحكيمين - لحال الاتيان بمتعلق الآخر ، وإذا استحال امثالهما معاً في مورد المراجعة لم يبق كلا الاطلاقين - معاً - على حالهما . وعليه فإن كان أحد الحكيمين بالخصوص أهم من الآخر اخذ به ، وسقط الاطلاق في ناحية المهم ، وإذا كان ملاك كل منهما مساوياً للملاك الآخر سقط كلا الاطلاقين ، لبطان الترجيح بلا مرجع ، وإذا كان أحد الحكيمين محتمل الأهمية وجب الأحده ، وسقط الاطلاق في غيره قطعاً .

والوجه في ذلك : أنه لا يجوز للمكلف تفويت الفرض الملزم - بعد احرازه - إلا بعجزه عن الامتثال تكوينياً أو تعجيز المولى إياه : بأن يأمره بما لا يجتمع معه في الخارج وإذا لم يوجد شيء من الأمرين حكم العقر بقبح التفويت واستحقاق العقوبة عليه . وعلى هذا فإذا كان أحد الحكيمين المترشحين معلوم الأهمية فلا شبهة في وجوب الأحده به ، لأن الملاك في الطرف الآخر وإن كان ملزماً في نفسه ، إلا أن تفويته مستند إلى تعجيز المولى ، ضرورة أن المولى قد أمر المكلف بصرف قدرته في الأمر ، فإذا أناه المكلف كان معذوراً في ترك المهم ، وتفويت ملاكه ، وهذا بديهي لا ريب فيه .

وإذا كان أحد الحكيمين المترشحين محتمل الأهمية فأيضاً لا شبهة في لزوم الأخذ به ، وذلك لما عرفته - قريبا - من أنه لا يجوز للمكلف عقلاً أن يترك الملاك الملم - بعد احرازه - إلا بالعجز عن الامتثال تكوينياً ، أو تشريفاً ومن الواضح أن المكلف قادر على الامتثال بمحتمل الأهمية ، ولو بترك الآخر

واذن فلا يجوز ترك محتمل الالهمية ، لحكم العقل بالاشتغال ، واستحقاق العقاب على تحركه من غير عند.

ولا يخفى عليك ؛ أن هذه الكبرى التي قد منها في المتزاحمين لا تجري في فرض اتحاد الحكم الذي دار أمره بين التعيين والتخير ، كالشك في أن تقليد الأعم واجب تعمى ، أو أن المكلف غير بينة وبين تقليد غير الأعم حيث ان - هنا - حكماً واحداً يحتمل تعلقه بالمتعين ، ويحتمل تعلقه بالجامع ، بينة وبين غيره ، وحيث قد تعلقه بالجامع معلوم ، وبالمخصوص مجهول ، يدفع بالبراءة . وبعبارة أخرى : أنا نعلم - في أمثال ذلك - بتعلق التكليف في الجملة بالجامع الانزاعى الذى يعبر عنه بمتران أحد الشئيين ، ولكنا نشك في كونه مأخوذاً على نحو الاطلاق ، أو متقيداً ، بقيد خاص ، ومن الواضح أن الشك في أمثال ذلك وان كان شكاً في الامتثال ، الا أن منشأ ذلك هو الشك في اطلاق الحكم وتقيده ، فاذا رفضنا احتمال التقيد بأصالة البراءة ارتفع الشك في الامتثال أيضاً ، واذن فيحكم بالتخير وبحوار الاكتفاء بكل واحد من الطرفين في مرحلة الامتثال .

ومقامنا من هذا القبيل ، لأن ثبوت مالية التالف في ذمة الضامن معلوم الا أن ثبوت تعيها بمخصوص المثل مشكوك فيه ، يدفع بالبراءة ، واذن فاحتمال تعيين المثل من ناحية لزوم الاخذ بمحتمل الالهمية عند دوران الأمر بين التمين والتخير ضعيف جداً .

ولكن التحقيق مع ذلك : هو تعيين الضمان بالمثل - عند الشك في ضمان المثل أو القيمة - والوجه في ذلك : هو قيام السيرة القطعية على أن وضع اليد على مال الغير بلا سب شرعى موجب للضمان ، وعليه فان كان المال المزبور موجوداً بينه فلا بد من رده على مالكه على النحو الذى أحسنه



منه : أى بجميع خصوصياته النوعية والشخصية والمالية . وإذا تعذر ذلك - لتلف ونحوه - سقط عنه وجوب رد العين ، وانتقل الضمان الى المثل : أى به الكلى الجامع لجميع الأوصاف التى هى دخيل فى مالية الشيء . وموجبة لزيادتها ، لا الأوصاف التى لا دخل لها فى مالية الشيء أصلاً ورأساً ، وإنما هى دخيل فى الشخص فقط .

وعلى هذا الضوء فمقتضى القاعدة هو الضمان بالمثل ، الا اذا ثبت كون التالف قيمياً ، أو كان التالف مثلياً ولكن تعذر مثله فى الخارج ، فانه عندئذ يجب على الضامن أداء القيمة ، وكل ذلك من ناحية السيرة العقلانية غير المدروعة من قبل الشارع ، وهكذا الحال اذا قلنا بأن مدرك الضمان - فى المقبوض بالعقد الفاسد - هو حديث ضمان اليد .

أما الوجه فى الحكم بضمان القيمة فقط - عند الشك فى كون التالف مثلياً أو قيمياً - هو أن المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل والاكثر فلا بد من الاخذ بالأقل ، ويدفع وجوب أداء الاكثر بالاصل .

وبيان ذلك : أن المراد من القيمة هنا ما هو المالية المشتركة بين جميع الأموال . سواء أكانت تلك الأموال مثلية ، أم كانت قيميّة ، وعليه فالحكم فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقل والاكثر لأن اشتغال الذمة بالجهة المشتركة معلوم ، واشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات مشكوك فيه وقد ذكرنا فى محله أن المرجع فى أمثال ذلك هو البراءة ، وعلى هذا فلا يجب على الضامن إلا أداء القيمة . إلا اذا رضى بأداء المثل . فانه وقتئذ يكون مخيراً بين أداء القيمة وأداء المثل .

ويرد عليه : أن الوجه المزبور مبنى على أن يكون المراد من القيمة التى نبحث عنها فى المقام هو مطلق المالية السارية فى الأموال كلها ، فانه على هذا

جار للضامن أن يزدي عن التالف أى شيء أرادته من الأموال إذا كانت قيمته تساوى قيمة التالف .

ولكن هذا خلاف المتسالم عليه ، بل خلاف ما هو المرتكز في الأذهان لأن المتبادر من كلمة القيمة إنما هو المالية الخالصة ، كالنقود والرائحة بين الناس ، وأمثالها مما يتمحض في المالية من دون أن تلاحظ فيها أية خصوصية من الخصوصيات التي تتفاوت بها الرغبات ، وعليه فيكون دوران الأمر بين وجوب رد المثل ورد القيمة من قبيل دوران الأمر بين المتباينين ، فلا بد في ذلك من الاحتياط وليس هذا من قبيل دوران الأمر بين الأقل والأكثر لكي يؤخذ بالأول ، ويترك الثاني .

أما الوجه في تحيير الضامن بين أداء المثل والقيمة فهو أن الضامن يعلم إجمالاً باشتغال ذمته بأحد أمرين : إما المثل ، أو القيمة ومقتضى الاحتياط هو تحصيل القطع بالبرائة ، لما عرفته - الآن - من أن المورد من قبيل دوران الأمر بين المتباينين ، ومن الواضح أن القطع بفراغ الذمة - في أمثال هذه الموارد - لا يحصل إلا بأداء كلا الأمرين لكي تحصل الموافقة القطعية .

ولكن مقتضى الإجماع ، بل الضرورة ، بل مقتضى قاعدة بني الصرر هو أن الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين ، واذن فيكون محيراً بين أداء المثل وأداء القيمة .

أما الوجه في تحيير المالك بين مطالبة المثل ومطالبة القيمة فهو ما ذكره بعض من أن ذمة الضامن وإن كانت مشغولة إما بالمثل أو بالقيمة ، إلا أن ما يختاره المالك إما هو البديل الواقعي أو أنه بديل البدل ، وعلى كلا التقديرين فيكون ذلك مسقطاً لما في ذمة الضامن : أما على الأول فواضح ، أما على الثاني فلهذا المالك بذلك على العرص واذن فما يختاره المالك مسقط لما في ذمة الضامن قطعاً

دون غيره ، لأنه مشكوك فيه ، فالأصل عدم سقوطه إلا عما يختاره المالك .  
ويرد على كلا الوجهين : أن اشتعال الذمة بالمثل أو بالقيمة واقعاً وقيام  
الاجتماع والضرورة على عدم وجوب أدائهما معاً لا يقتضيان تغيير الضامن بين  
أداء المثل والقيمة ولا تغيير المالك في استيفاء أيهما شاء ، بل يمكن تعيين ما  
في الذمة بالصلح القهري : بأن يرجع الضامن والمالك كلاهما إلى الحاكم الشرعي  
ويحكم الحاكم بذلك .

ويمكن أن يرجع في تعيين أحد الأمرين إلى القرعة ، بناءً على جريانها  
في كل أمر مشكل ولو كان في الشبهات الحكيمة .

ولكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها في الشبهات الحكيمة ، وعليه فلا  
مصاص عن الرجوع إلى الحاكم ، فيلزمها بالصلح ان لم يكن - ها - ما يتعين به  
الضمان بالمثل أو القيمة .

ثم انه يحسب بالتنبية على أمر لاغناء عنه في مورد بحثنا ، وهو أن  
القباض بالعقد الفاسد لا يلزم إلا بأداء مثل المقوض أو القيمة ، ولا يكلف  
بأزيد من ذلك ، لما ذكرناه آنفاً من أن نفس العين باقية في عهدة القابض ما لم  
يؤدها إلى مالكها ، دون عوصها ، وإذا تعذر رد العين بنفسها - لتلف ونحوه  
وجب عليه رد بدلها ، وهو المثل في المثل ، والقيمة في القيمي ، ولا يفرق في  
ذلك بين كون المثل حين الأداء مساوياً لقيمة العين حين الأخذ وعدمه .

وبدل على ما ذكرناه ، أن نقص القيمة السوقية لا يضمن عند أداء  
نفس العين ، فكيف يضمن عند أداء مثليها ، وعليه فإذا أخذ شيئاً بالبيع  
الفاسد ، ثم زلت قيمته لم يجب عليه شيء زائداً على رد نفس المبيع . فإذا تعذر  
ردّه - لتلف ونحوه - انتقل الضمان إلى مثله من دون زيادة .

ويؤيد ذلك ماورد (١) في استقراض الدرامم التي أسقطها السلطان وأجار غيرها - من أنه ليس لصاحب الدرامم الا الدرامم الأولى الساقطة عن الزواج ، لا الدرامم الجائزة بين الناس . نعم يعارضه خبر آخر (٢) ولكنه ضعيف المستد . ثم لا يحق عليك : أنه اذا سقطت العين عن المايعة بالمرة - كالخمر في الشتاء - لم يكف أداء المثل ، بل يجب على الضامن أداء قيمته ، لانا وان حكنا بثبوت المثل في الدعة بعد تلف العين ، الا أنه ليس على وجه الاطلاق ، بل بما أنه مال ، وعليه فاذا سقط المثل عن المايعة انتقل الضمان الى القيمة وهذا المعنى هو الذي تقتضيه السيرة العقلانية غير المدوعة من قبل الشارع وحديث ضمان اليد .

(١) عن يونس قال : كتبت إلى أبي الحسن الرضا (ع) انه كان لي من رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدرامم ، وجاء بدهام اقل من تلك الدرامم الاولى ، ولها اليوم وصبة ، فأبى شيء لي عليه الاولى التي اسقطها السلطان ، او الدرامم التي اجازها السلطان ؟ فكتب (ع) : الدرامم الاولى - صحيحة .

وعن صفوان ، قال - سألته معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل ، وسقطت تلك الدرامم ، او تبيرت ، ولا يباع بها شيء ، فكتب (ع) : الدرامم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس ؟ قال : فقال - لصاحب الدرامم الدرامم الاولى ، صحيحة ، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

(٢) عن محمد بن عيسى ، قال : قال لي يونس : كتبت إلى الرضا (ع) : ان لي من رجل ثلاثة آلاف درهم ، وكانت تلك الدرامم تنفق بين الناس تلك الأيام وليس تنفق اليوم الي عليه تلك الدرامم ما عاينها او ما ينفق اليوم بين الناس ؟ فكتب (ع) لي : لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس ، كما اعطيته ما ينفق بين الناس - ضعيفة بسهل بن زياد ، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

قيل إن ما ورد في الدرهم الساقطة من الرواج يدل مطلقاً على جواز ردها إلى مالكيها الأول وإن سقطت عن المالة ، وإذا ثبت هذا المعنى في الدرهم ثبت في غيرها ، لعدم القول بالفصل .

والجواب من ذلك . أن الدرهم لا يصاح إلا من الفضة ، وعليه فلامعنى لسقوطه عن المالة بالمرة ، فلا اشعار في ذلك بجواز رد الدرهم الساقطة من المالة إلى مالكيها الأول ، فضلاً عن الدلالة عليه .

## هل يجب شراء المثل مع قلته وزيادة قيمته؟

قوله : ( الخامس : ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد ) . أقول : إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد أو ما في حكمه عند القابض ، ونزفت قيمة مثله - إما لمزته ، وعدم وجوده إلا عند من يطلب ما أكثر من قيمته ، أو لكثرة الراغبين فيه - فهل يجب على القابض شراؤه ورده إلى المالك ؟ أم لا يجب ذلك ، بل لا بد وأن يصير للمالك إلى أن يكثر المثل ، أو تنزل قيمته السوقية ؟ أم يفصل بين ما كانت زيادة القيمة من جهة الرواج فيحكم بوجوب الشراء ، وبين ما كانت الزيادة لمطالبة من عنده بالزيادة ، فيحكم بعدم وجوب الشراء ؟

وهذا هو الحق ، والوجه في ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن الثابت في ذمة القابض انتهاء ليس إلا نفس العين بجميع خصوصياتها النوعية والمالية والشخصية وإذا تلفت انعم وجب عليه أداء مثله ، وهو الكلي الجامع لجميع الخصوصيات الدخيل في المالة ، لا الخصوصيات الدخيل في الشخص الخارجي وإذن فزيادة القيمة السوقية لا تؤثر في جواز تأخير الأداء ثمسكا

بأدلة نفي الضرر ، ضرورة أنه لم يتوجه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجه عليه من ناحية حكم الشارع بضمان المثل ، ومن الظاهر أن الحكم بالضمان لو روده مورد الضرر لا يرتفع بدليل نفي الضرر

ويصاف إلى ذلك : أن أدلة نفي الضرر مسوقة للامتنان ، ولا ريب أن رفع الضمان خلاف الامتنان على الأمة ، بل الامتنان في ثبوته .

نعم لو استلزم أداء المثل ضرراً آخر ارتفع وجوبه بدليل نفي الضرر وعليه فلا يجب شراء المثل بم لا يبيعه إلا ما أكثر من قيمته السوقية ثم إن المصنف - بعد ما نفي الاشكال عن وجوب شراء المثل في الصورة المتقدمة ، ونقل عليه الاجماع عن المصنوع - قال : ( ووجه عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي . ويؤيده الفوى حكمهم بأن تزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة ) ، وغرضه من الفوى هو أن عدم الانتقال إلى القيمة - عند زول قيمة المثل حين الدفع - إنما هو لصدق المائلة ، ومن الواضح أنه إذا صدقت المائلة مع نقص القيمة - مع أن المثل عندئذ لا يساوى العين في المالية - صدقت مع زيادة القيمة السوقية - أيضاً - بالأولوية .

ولكن لا يتم شيء مما أعاده . أما الاجماع فعدم العلم بكونه اجماعاً تبديلاً لكي يستكشف به قول المصنوع ( ع ) .

أما النصوص فقد عرفت عدم تماميتها إما من حيث السند ، وإما من حيث الدلالة ، أما الفتوى فلا اعتبار بها .

أما الفوى فلأن كلاماً ليس في صدق المائلة وعدم صدقها لكي تتمسك في ذلك بالفوى ، بل محل بحثنا إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمة العالية وعدم لزوم شرائه بذلك ، وقد عرفت لزومه من ناحية السيرة .

أما إذا كانت زيادة القيمة أقله الوجود، وعدم وجدانه إلا عند من يبيعه بأكثر من قيمته السوقية، فقد ذكر المصنف - هنا - : أن ( الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفقاً للتحرير، كما عن الأيضاح والدروس وجامع المقاصد بل إطلاق السرائر، وبني الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى) وير عليه : أن ما استند إليه - من الوجوه - في الصورة الأولى لا يرجع إلى معنى محصل كما عرفته - لكن تعتمد عليه في الصورة الثانية، وإنما التزمنا بوجوب شراء المثل في الصورة الأولى من جهة السيرة، ومن الواضح أنها لا تجري في الصورة الثانية، بديهية أن زيادة القيمة - هنا - لم تنشأ من ناحية ثبوت المثل في الدمة، بل إنما نشأت من ناحية الأمور الخارجية، ومن الظاهر أن إلزام الضامن بهذه الزيادة ضرر غير مروط ببناء حكم الشارع - بأداء المثل - على الضرر، وإذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدلة نفي الضرر.

ومن هنا اتضح لك : أنه إذا نفي المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن، وتوقف رده إلى مالكة على تضرر الضامن لم يجب رده لأدلة نفي الضرر. قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانية - أيضاً - وإن كان الشراء بقيمة عالية، لأن العاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

ويرد عليه : أن هذا الوجه يحتص بالنصب، فلا يجري في المقبوض بالعقد الفاسد.

أضف إلى ذلك : أنه لا دليل على أخذ العاصب بأشق الأحوال، وعليه فالحاق الصورة الثانية بصورة الاعواز - التي ستتكلم فيها - وجيه جداً. وعلى الجملة : إنه لا يجب شراء المثل مع عزة وجوده بحيث لا يوجد إلا بأكثر من القيمة السوقية، لقاعدة نفي الضرر.

قيل : إن الضرر هنا ليس في متعلق التكليف : أعني به أداء المثل، وإنما

هو في مقدماته . أعني بها شراء المثل بأريد من القيمة السوقية ، ومن الطاهر أن أدلة نفي الضرر لا تشمل مقدمات التكليف ، لأن وجوب المقدمة عقلي لا شرعي .

والجواب عن ذلك : أن أدلة نفي الضرر مسوقة لرفع التكليف الضرورية سواء أكان التكليف أصلياً أم كان مقديماً ، ومن هنا لا يحكم بوجوب الصلاة قائماً على من يقدر على القيام ، ولكن كان الهوض ضرورياً ، وكذلك لا يحكم بوجوب الحج على من يقدر على الاتيان بمناسبة الحج ، ولكن كانت مقدماته ضرورية . وهكذا ، وهكذا ، وليس ذلك كله إلا من ناحية أدلة نفي الضرر هذا بناءً على وجوب المقدمة شرعاً .

أما بناءً على عدم وجوب المقدمة إلا عقلاً - كما هو الحق - فالتحقيق أن يقال : إن أدلة نفي الضرر - على ما ذكرناه في محله - إنما هي نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر ، وإذا فكل حكم ضرري مرتفع في عالم التشريع سواء أكان الحكم بنفسه ضرورياً ، أم كان الضرر ناشئاً من قبله ، وعليه هو وجوب المقدمة وإن كان عقلياً ، إلا أنه إذا كان ضرورياً كان مشمولاً لأدلة نفي الضرر بداهة أن الضرر - هنا - إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذي المقدمة

## ما هو حكم تعدد المثل؟

قوله : ( السادس لو تعدد المثل في المثل فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطابقة المالك ) ، أقول : إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل وجب عليه دفع القيمة ، وهذا لا شبهة فيه .

ولما البحث في أن القيمة التي يجب دفعها هل هي قيمة يوم التلف ، أم



قيمة يوم الدفع ، أم قيمة يوم الأخذ ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان الأخذ ، أم أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الدفع ، أم غير ذلك من الوجوه ؟ .

لا يهمننا التعرض لهذه الوجوه نقضاً وإبراماً ، كما تعرض لها المصنف وغيره ، وأطالوا الكلام فيها وفي أدلتها ، وفي المناقشة فيها .

وأيضاً لا يهمننا التعرض لتأخير الأصل في المقام لكي يكون ذلك مرجعاً فيما لم يثبت أحد الوجوه المذكورة ، أو غيرها ، كما صنع شيخنا المحقق لأن ذلك كله فيما إذا التزمنا بانتقال الضمان إلى القيمة ، فإنه عندئذ يصح النزاع في تعيين زمان الانتقال .

أما إذا أنكرنا ذلك ، والتزمنا ببقاء المثل في عهدة الضامن بعد تلف العين ، وشيدنا أساس هذا القول فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمة - بعد تلف العين - قبل يوم الأداء .

قيل : إن الضمان لا بد وأن ينتقل إلى القيمة عند اعواز المثل في الخارج والآن لم ينتقل إلى المثل أيضاً عند تلف الدين الشخصية .

والجواب عن ذلك : أن انتقال الضمان إلى المثل بعد تلف العين أمر قهري ، لأنه لا معنى لبقائها في الدمة بعد التلف ، وهذا بخلاف المثل ، فإنه أمر كلي قابل للبقاء في الدمة إلى حين الأداء ، وعليه فلا يجب على الضامن إلا قيمة وقت الأداء ، وهذا ظاهر .

## هل يجوز للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة؟

هل يجوز للضامن أن يجبر المالك على أخذ القيمة مع تعذر المثل واعواراه أم لا ؟ .

الظاهر أنه لا يجوز ذلك ، لأن متعلق الضمان ليس هو نفس القيمة ، بل إنما هو المثل ، ومن الواضح أنه ليس للمدينون إجبار ذى الحق على قبول شيء آخر بدلا عن حقه الخاص ، بل هو مخير بين أخذ البدل وبين الصبر الى أن يتمكن المدينون من أداء حقه ، سواء أكان ذو الحق مايوساً من وجدان المثل أم لم يكن مايوساً من ذلك ، كما أنه ليس للضامن إجبار المالك على قبول شيء آخر بدل العين قبل تلفها ، لأن الناس مسلطون على أمواتهم .

## هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمة ؟

هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمة مع تعذر المثل ، أم لا ؟  
لاشبهة في جواز ذلك لأن المالك مسلط على حقه وهو مخير بين مطالبة بدله مع الاعواز وبين الصبر الى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه .  
قيل : ان إجبار الضامن على إعطاء القيمة ضرر عليه ، فيرتفع بأدلة نفي الضرر .

والجواب عن ذلك : أن إعطاء القيمة لا ضرر فيه على الضامن بوجه ،

واما هو رضاه من المالك بالغاء الخصوصيات التي هي دخيل في متعلق الضمان وهو المثل ، فقيه ارفاق للضامن ، لا أنه ضرر عليه لكي يرتفع بأدلة نفي الضرر وقد ظهر لك مما يباه : أنه لا فارق في جواز الاجبار وعدمه في كلتا صورتين - : أعنى بهما صورة اجبار الضامن ، وصورة اجبار المالك - بين تعذر المثل ابتداء ، وبين تعذره بعد مدة . كما أنه لا فارق في ذلك بين التعذر الاستمراري ، وبين التعذر في وقت دون وقت . وكل ذلك واضح لاستار عليه

## ما هو المناط في صدق التعذر والاعواز؟

المحكى عن العلامة في التذكرة أن المراد من اعوار المثل هو أن لا يوجد ذلك في البلد وما حوله .

وعن المسالك : أنه زاد قوله : بما يقل عادة منه اليه ، كما ذكروا ذلك في انقطاع المسلم فيه .

وعن جامع المقاصد : الرجوع به الى العرف .

ولكن الطاهر : أن الميزان في تعذر المثل واعوازه هو التعذر الشخصي وعدم إمكان الوصول اليه بشخصه وعليه فإذا تمكن الضامن من الوصول الى المثل ولو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الاعواز ، بل وجب عليه تحصيله كما أنه اذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجوداً في البلد ، وأمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمة .

والوجه في ذلك : أن تقدير تعذر المثل بمقد خاص لم يرد في دليل خاص لكي يجعله مرجعاً في البحث ، بل لابد من الرجوع في ذلك الى الاعتبار العقلي ، ومن الواضح أن الاعتبار العقلي لا يساعد الا على ما ذكرناه .

نعم لو كان نقل المنزل من البلاد النائية الى بلد محتاجا الى مؤونة رائدة بحيث يتصرف بها الضامن لم يجب عليه النقل في هذه الصورة لقاعدة نفي الضرر ومن هنا انضح لك جلياً ما هو الفارق بين ما نحن فيه وبين السلم ، فان الضمان فيه اختياري ثابت بالعقد ، ولا يبعد انصرافه الى وجود المبيع الثابت في الدمة - في بلد المعاملة وما حوله

ويصاف الى ذلك : أن ظاهر جملة من روايات ( ١ ) هو أن العبرة في

( ١ ) عن اس فضال ، قال : كنت الى ابي الحسن ( ع ) : الرجل يسلفني في الطعام ، فيجبيء الوقت ، وليس عندي طعام اعطيه بجمته دراهم ؟ قال : نعم ، ضعيف سهل بن زياد .

وعن الميص بن القاسم عن ابي عبد الله ( ع ) قال : سألته عن رجل اسلف رجلاً دراهم بمحنة حتى إذا حصر الأهل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دواياً ورقيقاً ، وماتوا يحمل له ان يأخذ من عروسة تلك بطعامه ؟ قال : نعم . صحيح .

وعن ابان ، عن بعض أصحابنا ، عن ابي عبد الله ( ع ) في الرجل يسلف الدراهم في الطعام الى اجل ، فيحل الطعام ، فيقول : ليس عندي طعام ، ولكن اطر ما قيمته فخذ مني ثمنه قال : لا بأس بذلك ، مرسل . الواقي ح ١٠ باب السلف في الطعام ص ٧٥ .

وعن الحلبي ، عن ابي عبد الله ( ع ) : انه سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجدمان وغير ذلك الى اجل مسمى ؟ قال : لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه ان يأخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثلثيها ، ويأخذ رأس مال ما بقي من الغنم دراهم ، ويأخذون دون شروطهم ، ولا يأخذون فوق شروطهم . قال : والأكسبه ايضاً مثل المحطة والشعر والزعفران والغنم . حسن .

ابراهيم بن هاشم الواقي ج ١٠ باب السلف في المتاع ص ٧٧ والى غير ذلك من روايات السلم

باب اسلم بوجود المبيع في بلد المعاملة وما حوله وعلى هذا فلا يمكن قياس ما نحن فيه بباب السلم.

ثم إن المدار - حين الأداء مع تعدد المثل - على قيمة المثل في بلد المطالبة وإن كانت أزيد من قيمته في بلد الضمان ، ولا يفرق في ذلك بين تعذر قبل وقت الأداء وعدمه ، لأن هذا هو مقتضى بقاء المثل في ذمة الضامن إلى حين الأداء ، على ما عرفته سابقاً .

ثم إنه ذكر بعضهم - في صورة تعذر المثل - أنه يقدر وجوده لا على نحو العزة فيقوم .

ولكن لظاهر : أنه يقدر وجوده حتى على نحو العزة ، لأن المفروض أن الثالث في الدعة هو المثل ، والقيمة هي قيمته بلا زيادة .

نعم إذا فرضنا أن دفع الزائد كان من جهة أخرى ، كما إذا طالب من عنده المثل بقيمة رائدة على القيمة السوقية لم يجب الدفع نحو الضرر .

## ما هو حكم سقوط العين عن المالية ؟

ثم إنك قد عرفت آنفاً - نبوت المثل في الدعة إلى وقت الأداء ، وعدم انتقاله إلى القيمة إلا حينه . وهذا مما لا شبهة فيه . كما لا شبهة في وجوب أداء القيمة عند سقوط المثل عن المالية بالمرّة ، كالماء على الشاطئ . إذا أتلفه في المعارة ، والثلج في الشتاء إذا أتلفه في الصيف ، لأن خروجه من القيمة يعد من التالف عرفاً .

وإنما البحث في أن المراد من هذه القيمة هل هو قيمة يوم الأخذ ، أم قيمة يوم التلف ، أم قيمة يوم سقوط المثل عن المالية ، أم أعلى القيم من

زمان الأخذ إلى زمان التلف ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان سقوط المثل عن المالية ، أم غير ذلك من الوجوه ؟

الظاهر هو الوجه الثالث ، لما ذكرناه مراراً من أن الثابت في دمة الصامن - بعد تلف العين - إنما هو المثل ، وأنه باق فيها إلى حين الأداء وعليه فيحكم - فيما نحن فيه - ببقاء المثل في السعة إلى زمان سقوطه عن المالية ، وحيثئذ فينتقل الضمان إلى القيمة لكون المثل - عندئذ - كالتلف في نظر أهل العرف كما أن تلف العين يوجب انتقال الضمان منها إلى مثلها ، وهذا واضح لاحتواءه

## ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذر ؟

قوله : ( فرع لو دفع القيمة في المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فظاهر عدم عود المثل في دمه ) أقول : إذا طالب المالك حقه مع تعذر المثل والخارج وجب على الضامن أداء قيمته - كما عرفته قريباً - فإن لم يؤد حتى وجد المثل وجب عليه أداء المثل ، لما عرفته من عدم الانتقال إلى القيمة بالمطلوبة . كما لا إشكال في أن المالك إذا رضى بمسقاط حقه أخذ القيمة لم يجب أداء المثل حتى مع التمكن منه من أول الأمر

وإنما الإشكال فيما إذا طالب المالك بالقيمة من جهة الضرورة واللا بدية لأجل عدم التمكن من المثل ، ودفع الضامن القيمة ، ثم وجد المثل ، ولم يررض بها المالك فهل يجب على الضامن إعطاء المثل ثانياً وأرجاع القيمة أم لا يجب ذلك ؟

قد ذكر المصنف : أنه إذا دفع الضامن القيمة بدلا عن المثل المتعذر ثم تمكن منه فإن قلنا بقاء المثل في السعة وعدم انتقاله إلى القيمة إلا حين الأداء

فلا وجه لعوده ثانياً ، لأنه دين في الدمة ، فقد سقط بأداء عوصه مع التراضي فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع الى الساقط ثانياً ، لأن الساقط لا يعود .  
وان قلنا بأن تعذر المثل أوجب تبدل العين المضرومة من المثل الى القيمي بمعنى : أنها كانت مثلية ، وبعد تعذر المثل انقلبت قيمة ان قلنا بذلك فعدم عود المثل الى الدمة ثانياً أولى منه في الفرص الأول ، لأن المدفوع وقتئذ إما هو نفس الموجود في الدمة ، لا عرصه .

وان قلنا بأن تعذر المثل قد أوجب انقلاب المثل - الثابت في الدمة - الى القيمة ، فكأنه تلف بتعذره ، فلزمت قيمته ، ان قلنا بذلك احتمل وجوب المثل عند وجوده - لأن القيمة - حينئذ - بدل الحيلولة عن المثل ، وسيأتي أن حكمه إما هو عود المبدل عند انتهاء الحيلولة انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه أن الالتزام بأن دفع القيمة - في هذا الفرص - إنما كان من باب دفع البدل من جهة الحيلولة لا يجتمع مع الانقلاب ، كما هو المروص ، فان المدفوع على فرض الانقلاب إنما هو نفس ما اشتعلت به الدمة ، لا أنه بدله . واذن فلا فرق بين أن تغلب العين التالفة قيمة ، وبين أن ينقلب المثل - الثابت في الدمة - قيمياً .

نعم لا يبعد أن يانزم بأن دفع القيمة - على القول بعدم الانقلاب ، وبقاء المثل في الدمة - إنما كان من جهة دفع الدل ، وعليه فيجب دفع نفس ما اشتعلت به الدمة عند التمكن منه .

وعليه فلا وجه لما ذكره السيد وشيخا المحقق من الايراد على المصنف من أن بدل الحيلولة يختص بالاعيان ، وعمل البحث - ها - في الذمم ، فلا صلة بينهما بوجه .

وذلك لأن مدرك وجوب بدل الحيلولة إما هو قاعدة الجمع بين الحقين

ومن الواضح أنه لا اختصاص لهذه القاعدة بالأعيان ، بل تعم الدمع أيضاً .  
وعلى ما ذكرناه كان على المصنف أن يحتمل ، بل يستظهر وجوب دفع  
المثل عند وجوده ، سون ما إذا قلنا بالانقلاب .

ولكن الصحيح هو عدم وجوب دفع المثل مطلقاً وذلك لما سنبينه في محله من أنه  
لم يثبت وجوب دفع بدل الخيلولة من أصله ولم يدل عليه دليل شرعي ولا عقلي .  
ثم إنه إذا اختلف الضامن والمضموون له في تعيين المثل - الذي تؤخذ  
قيمته - فالمدار على تعيين الضامن ، لأنه المكلف بأداء كلى المثل ، فيتخير في تعيين  
أفراده ، إلا أن يكون ما اختاره الضامن من الفرد خرجاً عن مصاديق ذلك  
الكلى في نظر أهل العرف ، فإنه عندئذ لا يجب على المضموون له قبول ما  
اختاره الضامن ، وهذا ظاهر .

## هل يضمن القيمي التالف بالقيمة ؟

قوله : ( السابع : لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكم الاتفاق  
على كونه مضموماً بالقيمة ) أقول . المشهور بين الأصحاب ، أن المقبوض  
بالعقد العاسد إذا تلف وكان قيمياً حكم بضمها قيمته  
ولكن حكم الخلاف في ذلك عن الاسكافي ، وعن الشيخ والمحقق في  
الخلاف والشرائع في باب القرض .

إلا أن المحكي عن الاسكافي هو أنه ( ان تلف المعصوب دفع قيمته ،  
أو مثله إن رضى به صاحبه ) . ومن الظاهر أن هذه العبارة غير طاهرة في  
الخلاف المزبور .

وأيضاً ان الموجود في باب الغصب من الخلاف . وفي باب العصب



والمقبوض بالعقد العاسد من الشرايع هو الحكم بضمان القيمة و القيمي .  
ولعل الحكم بضمان المثل في القيمي يختص عند الشيخ والمحقق بالقرض  
فقط ، والله العالم .

والتحقيق : أن يحكم بضمان المثل في القيمي - أيضاً - كما حكاه بذلك في  
المثلي ، وعليه فإذا تلف المقبوض بالعقد العاسد ، ولم يمكن رده انتقل الضمان  
إلى مثله : وهو الكلي المتحد مع العين التالفة من جميع الخصوصيات ، إلا  
الخصوصيات غير الدخول في المالية ، بل في الشخص الخارجى فقط ، وحينئذ  
فلا ينتقل الضمان إلى القيمة إلا مع تعذر المثل ، وعلى هذا فلو وجد المثل  
للتالف ، أو اشتغلت ذمة المالك - للضامن - بما يماثل التالف لوجب على  
الضامن أداء المثل في الصورة الأولى ، وسقط ما في ذمة المالك والضامن  
بالتهاثر في الصورة الثانية .

نعم لو تعذر أداء المثل على الإطلاق تلمى الصفات النوعية أيضاً ، فإن  
اعتبار اشتغال الذمة بها مع تعذر الوفاء بها من اللوم الظاهر .  
ومن هنا ظهر فساد ما احتاره السيد في حاشيته من المنع من الانتقال  
إلى القيمة على وجه الإطلاق .

أضف إلى ذلك : أن لازم ما احتاره هو جواز امتناع المضمون له  
عن قبول القيمة في فرض تعذر المثل على الإطلاق ، وهذا مما لا يمكن  
الالتزام به .

ويؤيد ما ذكرناه - من الضمان بالمثل في فرض إمكانه - ما ورد في باب  
القرض من الروايات ( ١ ) الدالة على جواز أداء المثل من القيمي هذا ما

---

( ١ ) عن الصادق بن سيابة ، قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : إن عبد الله  
بن أبي ينفور أمرني أن أسألك قال : إما نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصفر -

## تقنينه القاعدة

ولكن الظاهر من الروايات الكثيرة (١) هو ضمان القيمة في القيميات

منه او اكبر ؟ فقال (ع) : نحن نستقرض الحور المتبر والبيعين عددًا فيكون فيه الكبير والصغير ، فلا بأس . مجهول ما بن سياحة .

وعن اسحاق بن عمار ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : استقرضت الرغبة من الجيران ، وناحد كبيراً ، وسطي صغيراً ، وناحد صغيراً ونعطي كبيراً ؟ قال : لا بأس . مجهول بالحكم بن مسكين . الوسائل ج ٣ باب ٢١ من ابواب الدين ص ٦٢٤ .

وعن فقه الرضا ، عن الصادق (ع) وسئل عن الجبر بعضها اكبر من بعض ؟ قال : لا بأس إذا اقرضته . ضعيف . المستدرک ج ٢ ص ٤٩٢ .

(١) عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) قال : سألت عن المملوك بين شركاء فبعت أحدهم نصيبه ؟ قال : إن ذلك فساد على صاحبه لا يقدرون على بيعه ولا مواجرته ، قال يقوم قيمة ، فيجعل على الذي اعتقه عقوبة ، وإنما حصل ذلك عليه عقوبة لما أخذه . حسن إبراهيم بن هاشم .

وعن سماعة ، قال : سألت عن المملوك بين شركاء ، فبعت أحدهم ؟ نصيبه فقال هذا فساد على أصحابه ، يقوم قيمة ، ويضمن الذي اعتقه ، لأنه أخذه على أصحابه ضعيف بطنان بن عيسى .

وعن البصري ، قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن قوم وروثوا عبداً جميعاً ، فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي ؟ قال : نعم يؤخذ بما بقي منه بقيته ، ثم اعتق . ضعيف بالعلی بن محمد .

وعن محمد بن فیس ، عن أبي جعفر (ع) قال : من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصته وله سمة فليشتره من صاحبه ، فبعتة كله وإن لم يكن له سمة من ما نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسمى العبد بحساب ما

وأيضاً قد عرفت - سابقاً - أن المرتكر في أدهان العقلاء ، وما جرت عليه سيرتهم هو صمان المثل في المثل ، وضمان القيمة في القيمي . وعليه فلا يجوز للضمنون له أن يجبر الضامن على إعطاء المثل في القيمي ، سواء أكان ذلك

- بقي حتى يتق - حسن بإبراهيم بن هاشم .

وعنه ، عن أبي حمزة ( ع ) قال : قضى أمير المؤمنين ( ع ) في عبد كان بين رجلين شرر أحدهما ضييه وهو صغير وامسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرر نصفه قال : يقوم قيمة يوم حرر الأول وأمر المحرر أن يسمى في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه . حسن بإبراهيم بن هاشم . الو في ج ٦ باب عتق المشترك من ٨٥ والسكافي ج ٦ من ط ٢ من ١٨٢ .

وعن السكوني عن أبي عبد الله ( ع ) سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وجرها ويصها وحبيها وفيها سكين ؟ فقال أمير المؤمنين ( ع ) يقوم ما فيها ويؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء فإن جاء طالبها عرمله الثمن الخبر . ضميم بالنوفلي . الو في ج ١١ من ٢٣ .

وقد عرفت الروايات الواردة في ضمان قيمة الجارية المناعة التي وجدت مسروقة فأنها ظاهرة في تعين القيمة وقد أوردناها في ص ٨٩ . وسأني صحيحة أبي ولاد الطاهرة في ذلك - أيضاً - وإلى غير ذلك من الروايات المنتزعة الطاهرة فيما ذكرناه .

ثم إن المصنف قد حمل من أدلة ضمان القيمة في القيمي ما دل على أنه إذا تلف الرهن بتفريط الرهن من دينه بحساب ذلك فهو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف .

ونظرة من ذلك إلى ما ورد في روايات الرهن من أن الرهن وأمرته يتردان الفضل من الرهن والدين مع تلف الرهن بالتفريط أو الائتلاف ، وقد تقدمت حجة منها في ص ١٣١ .

متيسراً اسافاً ، أم كان متعذراً . كما هو العالب ، نعم يجوز للضامن اجبار المالك بقول القيمة . على عكس ما تقدم في المثل الذي تعذر مثله في الخارج . فاللط الى هذه الروايات ، وما جرت عليه الديرة العقلانية يصح ما ذهب اليه المشهور من ضمان القيمي بالقيمة ، وتكوير النتيجة : أن ما تعذر مثله في نوعه كان ضمانه بالقيمة . وان وجد له مثل اتمافاً - وما لم يتعذر مثله نوعاً يضمن بالمثل وان تعذر ذلك اتمافاً ، وفي بعض الأحيان .

أما الروايات المتقدمة الدالة على الضمان بالمثل في القيمي فهي مختصة بالقرض فلا ربط لها بما عى فيه . على أنها ضعيفة السند .

ثم ان المصنف ( ره ) قد حمل الروايات الدالة على ضمان القيمي بالقيمة على صورة تعذر المثل ، ولكنه حلاف الطاهر منها . ولا يمكن المصير اليه إلا بالقرينة ، ومن الواضح أنها متفية في المقام .

وعى الجملة : ان القاعدة الأولية وان اقتضت لضمان بالمثل في القيمي ولكن قد دلت الروايات المتقدمة على ضمان خصوص القيمة في القيمي ، فلا بد من الاخذ بها في المقام ، واذا فقمع البحث في تعيين هذه القيمة .

## ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمي

قد اختلف الاصحاب في تعيين قيمة المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان قيماً ، على أقوال شتى :

١ - أن العبرة في ذلك بقيمة يوم القبض لصحيحة أو ولاد الآنية بالتقريب الذي سيأتى قريباً .

٢ - أن العبرة في ذلك بقيمة يوم التلف ، كما حكى ذلك عن الشيخين

وأتماعها ، بل من الدروس نستنتج إلى الأكثر .

والوجه فيه : أن انتقال الضمان إلى البديل إنما هو في يوم التلف ، إذ الواجب على الضامن كان رد نفس العين ، فإذا تلفت ضمن قيمتها .

٣ - أن العبرة في ذلك بقيمة يوم الأداء ، وهذا هو الوجه الذي اختاره السيد في حاشيته ، بدعوى ( أن نفس العين ماقية في الدمة والعهدة ، ويجب الخروج عن عهدها ، لكن لما لم يمكن رد نفسها وجب دفع عوضها وبدلها ، فهي بنفسها باقية في العهدة إلى حين الأداء ، وإعطاء البديل إنما هو من باب الوفاء ، كما فيما إذا كان له عليه من من الحنطة ، ولم يمكنه أدائه ، فإن الدمة مشغولة بالحنطة حتى حير التعذر ، ودفع البديل من باب الوفاء بخير الجنس ، ولا ينتقل إلى البديل من حين التعذر . والبديل الواجب أدؤه هو المثل في المثليات ، والقيمة في القميات ، بمعنى : أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه ) .

وقال في موضع آخر : ( التحقيق : أن الذمة مشغولة بنفس العين إلى حال الأداء ، إذ هو المستفاد من أدلة الضمان حسبا أشارنا إليه سابقا والتعذر لا ينافي ذلك ، لعدم إناطة الأحكام الوضعية بالقدرة ) .

أو يقال : إن هذا الوجه مبني على اشتغال الدمة بالمثل حتى في القيمي ، فالانتقال إلى القيمة إنما يكون وقت الأداء .

٤ - أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقد قيل إن هذا القول هو الأشهر .

٥ - أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم التلف إلى زمان الأداء .

٦ - أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء .

ثم الظاهر من هذه الوجوه في نفسها هو الوجه الثاني ، لما عرفت من أن رمان الانتقال إلى القبة إنما هو زمان التلف ، وإذن فلا مناص من الالتزام به إلا مع تعبد شرعي ، أما بقية الوجوه غير الوجه الأول فسيأتي البحث فيها قريباً .

أما الوجه الأول فقد استدل عليه صحيحة أبي ولاد الخنابط ( ١ ) فإن

( ١ ) قال : أكثرت بغلاً إلى قصر ابن هيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل ، فتوجهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبرت أن صاحبي توجه إلى بغداد فأتيته ، ونظرت به ، وفرغت مما بيني وبينه ، ورجعت إلى الكوفة ، وكان ذهابي وعيبي خمسة عشر يوماً ، فأخبرت صاحب البغل بمذري وارتدت أن اتحلل منه بما صنعت ، وأرصيه ، فبدلت له خمسة عشر درهماً فأني أن يقبل فتراصبنا بأبي حنيفة ، فأخبرته بالقصة ، وأخبره الرجل ، فقال لي : وما صنعت بالبغل ، فقلت قد دفعته إليه سليماً ، قال : نعم مد خمسة عشر يوماً ، فقال ما تريد من الرجل ؟ قال : أريد كرى بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً فقال ما أرى لك حقاً ، لأنه أكثرنا إلى قصر ابن هيرة فخالف ، وركبه إلى النيل وإلى بغداد ، فضمن قيمة البغل ، وسقط الكرى ، فلما رد البغل سليماً ، وقبضته لم يلزم الكرى ، قال : فخرحنا من عنده ، وجعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته مما اتفق به أبو حنيفة ، فأعطيته شيئاً ، وتحملت منه ، فحجبت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله ( ع ) بما اتفق به أبو حنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء وشبهه نجس السماء ماءها ، وتنجس الأرض بركتها ، قال : فقلت لأبي عبد الله ( ع ) لما ترى أنت قال : أرى له عليك مثل كرى بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ، ومثل كرى بغل راكباً من النيل إلى بغداد ، ومثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه .

ثم فهو وإلا ففقتضى القاعدة هو الالتزام بالوجه الثاني، وإذن فلا بد من التكلم في دلالة الصحيحة على ذلك .

قال : فقلت : جعلت فداك إني قد علمت بديرام فلي عليه علفه ؟ فقال : لا ، لأنك غاصب . فقلت : أرايت لو عطب البعل ونفق اليس كان يلزمي ؟ قال : نعم قيمة بطل يوم خالفته . قلت : فإن اصاب البطل كسر ، أو دبر ، أو فخر ؟ ( وفي التهذيب عقر . وفي الواقي صر ) فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه . قلت : فمن يصر ذلك ؟ قال : أنت وهو ، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك ، فإن رد اليمين عليك لحلفت على القيمة لزمه ذلك أو يأتي صاحب البعل بشهود يشهدون أن قيمة البعل حين أكرى كذا وكذا فيلزمك ، قلت : إني كنت أعطيت دراهم ، ورضي بها وحلفني ، فقال : إنما رضي بها ، وحلفك حين رضي عليه أبو حنيفة بالجور ، والعلم . ولكن أرجع إليه فاخبره بما اقتنتك به فإن حلفك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك ، قال : هو ولاد : فلما انصرفت من وحيي ذلك لقيت المسكاري فأخبرته بما افتاني به أبو عبد الله ( ع ) ، وقلت له : قل ما شئت حتى أعطيك فقال قد حببت إلي جعفر بن محمد ( ع ) ووقع في قلبي له التفضيل ، وانت في حل ولأن أحببت أن ارد عليك الذي أخذت منك فعلت . الصحيحة . الكافي ج ٥ ص ٢ ط ٢ ص ٢٩٠ . والواقي ج ١٥ ص ١٢٩ . والتهذيب ج ٢ ص ١٧٩ .

قال في مرآة المقول ج ٣ ص ٤٣٣ : ( وقال في المغرب : قصر ابن هبيرة على ليلتين من الكوفة ، وبغداد منه من ليلتين ) .

والظاهر أن هذا التحديد من غير طريق الماء ، وإلا فإن قصر ابن هبيرة من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً في الماء . كما يكشف عن ذلك صحيح آخر عن أبي ولاد الوارد في حد السير الذي قصر فيه الصلاة . قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : إني كنت خرجت من الكوفة في سفينة إلى قصر ابن هبيرة وهو من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً في الماء . الحديث . التهذيب ج ١ باب الصلاة في-

ثم لا ينبغي عليك : أن الصحيحة وإن وردت في المصوب ، ولكنه إذا تم الاستدلال بها على ضمان المصوب بقيمة يوم العصب صح الاستدلال بها بالأولية القطعية على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم القبض ، ضرورة أن العين الثالثة قد تكون قيمتها يوم الأداء أكثر من قيمتها يوم القبض ، فإذا التزمنا بضمان المصوب بقيمة يوم العصب ، والزمنا بضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم الأداء لم أن يكون الثاني أسوأ حالا من الأول ، وهو واضح البطلان .

ثم أنه لا شبهة في صحة رواية أبي ولاد سنداً وعليه فيختص البحث بها بدلائلها فنقول : إنه سأل أبو ولاد الإمام ( ع ) عن ضمان البعس في عرض تلفه ، وقال : رأيت لو عطب البعل وفق ( ١ ) أليس يلزمي ؟ فأجاب عنه

— السفينة ص ٣٣٧ .

والبعل بالكسر نهر بمصر ، وقرية بكوفة ، ولاد بن مفاد وواسط . وفي لسان العرب : البعل نهر مصر . ونهر بالكوفة ، وحكى الأزهري قال : رأيت في سواد الكوفة قرية يقال لها البعل بخرقها خليلج كبير ينحليج من العرات الكبير . قال : وقد نزلت بهذه القرية . انتهى .

الدبر يدحريك كالحراصة تحدث من الرجل وغيره . وغمرت الدابة : مالت من رجلها ، والفمر : العطش ، والمعر : الحرج .

( ١ ) عطب الرجل عطياً : هلك ، يكون في الناس وغيرهم . وعطب البعيرة انكسر . وحق الرجل والدابة نقوفاً . ماتا ، وخرحت روحها ( أقرب الموارد ) ثم الطاهر : أن عطف لفظ ( حق ) على كلمة ( عطب ) عطف تفسير وعليه فيكون المراد من كلمة ( عطب ) هو الموت والهلاك ، لا الكسر . لأن السائل سأل عنه لسؤال آخر قوله : فإن أصاب البعل كسر الخ ، وإذن فالصحيح هو أن -



الامام (ع) بقوله : نعم قيمة بقل يوم خالفته .

وقد استدلل بهذه الجملة - على أن العبرة في تعيين القيمة بقيمة يوم

النصب - بوجهين :

الوجه الأول : أن الطرف وهو لفظ (يوم) قيد لكلمة (قيمة) ،

وتقريب ذلك بأنحاء شتى :

١ - أن يكون الطرف متعلقاً بكلمة (قيمة) مدعوى أنها وإن لم تكن

معنى حديثاً ولكن فيها شائبة لحدثة ، لأنها ليست من الجوامد المحض حتى

لا يصح تعلق الطرف بها ، وعليه فينون لفظ ( بقل ) على الحر بإضافة القيمة

إليه ، ويؤيد هذا التقريب أن لفظ ( البقل ) في نسخة الواوي ، وفي بعض

نسخ التهذيب على بلام التعريف ، وحينئذ فلا يصلح للاضافة إلى ما بعده ،

وإذن فمعاد الصحيحة هو أن التائب على العاصب إنما هو قيمة يوم المخالعة ،

فتدل على ضمان المنصوب بقيمة يوم النصب .

٢ - أن تضاعف جملة قيمة بقل - : أي المضاف والمضاف إليه - إلى قوله

يوم خالفته ، وحينئذ فيكون العرض من تلك الجملة المباركة هو أن القيمة

المتخصصة باضافتها إلى البقل الثابتة يوم المخالعة لازمة على العاصب . ولا بعد

في هذه الاضافة ، لوقوعها كثيراً في لغة العرب وغيرها فيقال : ماء ورد خالد

وحب رمان زبد وإن لم يكن ورد لخالد ، ولارمان لزبد إلى غير ذلك من

الاستعمالات المتعارفة ولا محذور من الالتزام بهذا التقريب ، إلا أنه لا يتفق

ونسخة الواوي وبعض نسخ التهذيب من اقتران لفظ ( بقل ) بلام التعريف ،

- يكون المطلق بالواو ( كما في السكاكي المطبوع مستقلاً ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩١ ،

وبهاش صرآت القول ج ٣ ص ٤٣٣ ) لا المطلق بأو ، كما في التهذيب ج ٢ ص

١٧٧ . والوافي ج ١٥ ص ١٢٢ . والاستبصار ج ٣ من ط ٢ ص ١٣٤ .

فإن ذلك مانع من إصافته إلى ما بعده .

٣- ما أفاده المصنف ، وإليك نصه : ( أن اليوم قيد للقيمة إما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً ؛ يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل ، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة ، لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى نوهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل . والقيمة إنما هي قيمة المثل ) . وظاهر هذه العبارة أن لفظ القيمة قد أصيب مرتين : مرة إلى كلمة ( بغل ) ومرة أخرى إلى كلمة ( يوم ) ، وحيث أن يكون المراد من قوله : ( فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة ) ؛ أن تعريف كلمة بغل إنما هو للإشارة إلى بغل معين خارجي الذي وقعت عليه الإجارة ، ومن الواضح أن هذا حاصل بالإضافة المسوقة لبيان العهد الخارجي ، وإذن فيكون ذكر اللام فيها لغواً محضاً ، وغالياً عن العادة .

ويرد عليه : أن المضاف إلى شيء أولاً لا يضاف إلى غيره ثانياً ، لأن ذلك مخالف لطريقة أهل المخاطرة والاستعمال

ويمكن أن يكون مراد المصنف من العبارة المذكورة هو أن كلمة القيمة قد أضيفت إلى كلمة بغل أولاً ، ثم أضيف المجموع - : أي القيمة بمساها مضافة إلى بغل - إلى يوم المخالفة ، وهذا يستلزم سقوط حرف التعريف من كلمة بغل ، فيكون ذلك نظير قولك : ماء رمان زيد ، فإن الرمان من هذه العبارة إنما هو إيهام أن ماء الرمان لزيد وإن لم يكن له رمان ، وهكذا قولنا : ماء ورد بكر ونظائره ، وعليه فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الثاني المزبور . ولعلك قد عرفت أيضاً ؛ أن الموجود في بعض النسخ هو اقتران لفظ بغل بلام التعريف ومن الظاهر أن هذا ظاهر في انقطاع الإضافة بين قوله ( ع ) : نعم قيمة البغل وبين قوله ( ع ) يوم خالته .

٤ - ما ذكره المصنف ثانياً ، وحاصله : أن لفظ يوم قيد للاختصاص المفهوم من إضافة لفظ القيمة إلى كلمة البغل فيكون الطرف منصوباً للاختصاص وعليه فالمعنى : أنه تلزم على العاصب القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة .  
ويرد عليه : أن العامل في الطرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون العرف .

ويضاف إلى ذلك : أن الاحتصاص الحاصل من الإضافة معنى حرفي لا يمكن أن يكون محكوماً ولا محكوماً عليه ، وإذن فلامعى لتقييده أصلاً .  
٥ - أن تصاف كلمة القيمة إلى كلمة العل وتضاف كلمة البغل إلى كلمة اليوم وعليه فيكون معنى الرواية : أنه تلزم على العاصب قيمة هي قيمة بعل يوم المخالفة .  
ويرد عليه : أما لا يعرف وجهاً صحيحاً لإضافة لفظ بغل إلى لفظ يوم إذ لا يمكن أن يتخصص لفظ البعل بجملة يوم المخالفة ، كما لا يصح أن يقال : دار يوم ، وأرض أمس ، وغرفة عد .

أضف إلى ذلك : أن هذا الوجه لا يتم على نسخة الوافي وبعض نسخ التهذيب ، من اقتران لفظ ( بغل ) بلام التعريف ، ضرورة أن الاسم المحلى باللام لا يضاف إلى ما بعده ، وهذا ظاهر .

وقد يناقش في هذا الوجه بأنه يستلزم تتابع الإضافات وهو ممنوع في كلمات الفصحاء .

ويرد عليه : أن هذه المناقشة فاسدة ، لأن تتابع الإضافات واقع في الكلمات الفصيحة ، ومن ذلك قوله تعالى : مثل دأب قوم نوح وعاد ( ١ ) الوجه الثاني - من وجهي الاستدلال بقوله ( ع ) : نعم قيمة بغل يوم مخالفته على ضمان المصوب بقيمة يوم العصب - أن يكون الطرف متعلقاً

يقوله (ع) : نعم ، لأن لفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل ؛ أعنى به يلزمك شبيه بالفعل .

وعلى هذا فلا دلالة في الرواية على الضمان بقيمة يوم المخالفة دلالة مطابقة ، لأن معناها عندئذ : أنه تلزمك القيمة يوم المخالفة من غير تعرض لبيان أن هذه القيمة هل هي قيمة يوم المخالفة ، أم هي قيمة يوم الدفع ، أم هي قيمة يوم التلف ، أم غير ذلك .

نعم لا بأس بدلالاتها على ذلك التزاماً ، فإن ذكر القيمة فيها ، ثم اضافتها الى كلمة بطل ، ثم ذكر يوم المخالفة بعد ذلك من انقراض الظاهرة على أن الامام (ع) إنما قدر مالية المنصوب ، وتبين أن ضمانها بقيمة يوم المخالفة اذ لا معنى ليكون الضمان يوم المنصب فضلاً ، ويكون المدار فيه على قيمة يوم آخر .

وعلى الجملة : ان تعلق الضمان - بالقيمة يوم المنصب - بمالية المنصوب ظاهر في أن الضمان بقيمة ذلك اليوم .

ويرد على هذا الوجه : أنه لا معنى لجعل الظرف متعلقاً بلفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل ضرورة أن ذلك يقتضى الحكم بضمان القيمة من يوم المنصب ، مع أنه واضح البطلان ، لأن الضمان لا يتعلق بالقيمة قبل تلف العين اذ الانقلاب الى القيمة إنما يكون بعد تلفها .

## ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحة وجوابه

قد نوقش في الاستدلال بالصحيحة المزبورة على المقصود بوجوه مستفادة من نفس الصحيحة :

١ - أنه لو كان المناط في الضمان بقيمة يوم المخالفة والغصب لما تعرض الامام ( ع ) لقيمة يوم الاكترام بقوله : أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا ) ، فيعلم من هذه الجملة الشريفة أنه لا خصوصية لقيمة يوم المخالفة لكي يكون المدار في الضمان عليها .  
والجواب عن ذلك : أن هذه الجملة لا تنافي الجملة السابقة في الدلالة على المقصود بل تساعد وتوافقها ، وذلك لأن اكترام المراكب واستجارها قد يكون للسير الى مسافات سيده ، وأمكنة بادية : نظير مكة ، والمدينة ، وسائر الاعتاب المقدسة بالنسبة الى أهل ايران . وأفغان ، وهند ، وأمثالها . وقد يكون ذلك للذهاب الى مسافة قريبة ، كالمشي من النجف الأشرف الى الكوفة .

وعلى الأول فقد جرت العادة على اكترام الحولة قبل الخروج إلى المقصد بعدة أيام ، وعلى الثاني فلا يكون الاستجار الا يوم الخروج .  
وحيث أن أباً ولاد - بمقتضى الظاهر - قد اكرى البغل الى قصر ابن هبيرة يوم خروجه من الكوفة ، لقلة المسافة بينهما ، فلم يفصل بين زمان مخالفته - حين ما وصل الى قرب قطرة الكوفة - وبين اكترائه البغل الساعة أو ساعتان واذن فيوم المخالفة يتحد مع يوم الاكترام ، فالامام ( ع ) قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكترام ، لأجل أن يوم الاكترام إنما هو يوم يعرفه الشهود

- غالباً - ومن الظاهر أنه لا تغاوت قيمة البعل في ساعة أو ساعتين .  
 ٣ - أنه قال أبو ولاد : قلت : ( فان أصاب البعل كسر أو دبر أو غمز فقال ( ع ) : عليك قيمة ما بين الصحة والمييب يوم ترده عليه ) حيث أن الظاهر من هذه الجملة المباركة هو أن الضمان بقيمة يوم الرد ، لأن الظرف متعلق بلفظ ( عليك ) لتضمنه معنى يلزمك ، وعليه فتسكون هذه الجملة منافية لما ذكرناه من دلالة الجملة المتقدمة على الضمان بقيمة يوم المخالفة وورد عليه أن الالتزام بذلك يقتضى استقرار الضمان على العاصب في زمان الرد مع أنه واضح البطلان ، لأن ضمان المعصوب يستقر على العاصب من زمان النصب .

ويضاف الى ذلك : أن الظاهر من الصحة على الاحتمال المذكور هو أن التغاوت فيما بين الصحة والمييب يثبت على العاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هذا التغاوت هل يلاحظ من يوم النصب ، أم هل يلاحظ من يوم التلف ، أم يلاحظ من يوم الرد ، وعليه فليكن تعيين أن العبرة بقيمة يوم النصب في الفقرة السابقة قرينة على المراد في هذه الفقرة .

قيل : ان الظرف - في الجملة المزبورة متعلق بلفظ قيمة ، وعليه فالمعنى أنه عليك تغاوت ما بين الصحة والمييب يوم الرد ، واذن فتدل الصحة على أن رد البعل فقط لا يكفي في رفع الضمان ، بل لابد وأن يرد معه تغاوت ما بين الصحيح والمييب أيضا ، وعلى هذا فتبعد هذه الجملة من مورد البحث .

وقد ناقش فيه المصنف ، وهذا نصه : ( فالظرف متعلق بطيخ ، لا قيد للقيمة ، اذ لا عبرة في ارش المييب يوم الرد اجماعا ، لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين ) .

ولكن هذه المناقشة واضحة الاندفاع ، لأن قيام الاجماع على تبعية

الأرض لضمان العين في تعيين القيمة لا يدفع هذا الاحتمال ، اذ لو كانت المبرة يوم الرد في تعيين الأرض كشف ذلك عن أن المبرة في تعيين قيمة العين أيضا يوم الرد ، ولا اجماع على خلاف ذلك بين الأصحاب .

والصحيح في الجواب أن يقال : انه لا ملزم للالتزام بكون الطرف قيماً للقيمة من دون قرينة تدل عليه ، بل ان ظهور الجملة السابقة في أن المبرة يوم النصب - يدفع هذا الاحتمال .

ومع العلم عن ذلك فالظاهر أن الطرف متعلق بلفظ العيب ، لا فتران أحدهما بالآخر ، وعليه فتدل الصحيحة على أن العيب الحادث انما يوجب الضمان بالأرض فيما اذا استمر العيب الى زمان رد العين ، والا فلا ضمان في ذلك ، واذن فلا تعرض فيها لتعيين قيمة يوم النصب ، ولا لتعيين قيمة يوم التلف ، ولا لتعيين قيمة يوم الرد ، ولا شبهة في أن هذا الاستظهار موافق للقواعد العربية وكلمات أهل اللسان .

وناقش فيه المصنف ، وقال نصاً : ( لكن يحتمل أن يكون العيب قد ناقص إلى يوم الرد ، والمبرة حيثئذ بالعيب الموجود حال حدوثه ، لأن المعيب لو ردت إلى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى المتوى ، وهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً ) .

ويرد عليه أولاً : أن عدم سقوط الضمان ليس مقتضى قنوى الشكل ، بل المسألة خلافية ، لأنه قيل بسقوط الضمان مطلقاً ، وقيل بعدم سقوطه كذلك ، وقيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالصن وبين ما لم يكن كذلك ، كوصف الصحة ، فإذا زال الصن حكم بالضمان ، بخلاف ما حدثت نقطة في عين الدابة ثم ارتفعت ، فان ذلك لا يوجب الضمان .

بل قال السيد في حاشيته ، واليك لفظه : ( أن الواجب رد العين كما

كانت ، وهو متحقق مع العود إلى الصحة ، والظاهر أن فتوأم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنف ، بل لم أجد من صرح بما ذكره وإن لم أتبع ، نعم صرح في المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان . بل مقتضى ما ذكره في مسألة زيادة القيمة لزيادة صفة ونقصانها بربوها وعودها هو عدم ضمانه لذلك الوصف ما ذكرنا ، إذ لا فرق بين وصف الكمال والصحة .

وقال في غصب المبسوط : ( وإن كانت الزيادة من جنس الأول : مثل أن سميت ( أى الجارية ) فبلغت ألفاً ، ثم هزلت فمادت إلى مائة ، ثم سميت فمادت إلى الألف ، أو تعلبت القرآن فبلغت ألفاً ، ثم نسبت فمادت إلى مائة ثم تعلبت القرآن فمادت إلى الألف قيل فيه : وجهان : أحدهما : لا يضمن شيئاً . . . الثاني : عليه الضمان . . . والاول أقوى ، لأن الأصل راءة النعمة بل في الجواهر : ( أن ملاحظتها ) : أى الزيادة التالفة ) مع الموجودة حال التلف غير معقولة ، ضرورة كونه بمرلة ملاحظتها مرتين اذ ليست هي الا صنعة واحدة ، والمتجددة ليست غير ما على وجه تضم معها . . . وعلى كل حال فلا ضمان ، للأصل ، وصديق الاداء لما أخذ . . . وقاعدة نفي الضرر ، وأن الظالم لا يظلم ، وغير ذلك ) .

بل الظاهر من إطلاق المحقق في غصب الشرايع هو عدم الفرق بين وصف الصحة ، وبين وصف الكمال ، وهذا نصه : ( لو رادت القيمة لزيادة صفة ، ثم زالت الصفة ، ثم عادت الصفة والقيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنها انجبرت بالثانية ، ولو نقصت الثانية عن قيمة الاولى ضمن التفاوت ) . فنحصل مما ذكرناه : أنه لا يسمح للمصنف أن ينسب عدم سقوط الضمان - هنا - إلى مقتضى الفتوى .

ثانياً : أن مقتضى السيرة ، ودليل ضمان اليد هو أن المغصوب مضمون



على العاصب ما لم يردده إلى المنصوب منه صحيحا فإذا رده إليه كذلك سقط عنه الضمان ، سواء أحدث فيه عيب قبل الرد وارتفع ، أم لا ، والمفروض - هنا - أن المنصوب صحيح حال الرد ، وإذا فلا يلزم تدارك النقص الحاصل في زمان العيب .

٣ - أنه سأل أبو ولاد الامام ( ع ) عن المقوم الذي يعرف تفاوت ما بين الصحة ولعب ، وقال : ( قلت فمن يعرف ذلك ؟ قال ( ع ) : أنت وهو اما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك ، فان رد اليمين عليك لحلفت على القيمة لزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البخل بشهود يشهدون أن قيمة البخل حين أكرى كذا وكذا فتلزمك ) .

وقد ذكر المصنف ، أن هذه العمرة من الصحيحة مؤيدة لكون المدار - في تعيين قيمة القيمي - على قيمة يوم التلف .

وحاصل كلامه : أنه إذا اختلف العاصب والمالك في قيمة العين المنصوبة وكانت العبرة - في تعيين القيمة - بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدعيا ، لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل وكان العاصب منكرا ، لانكاره تلك الزيادة ، وعليه فقطضى القاعدة أن يتوجه الخلف على العاصب ، لا على المالك ، بل يجب على المالك إقامة البينة على دعواه والحال أن الصحيحة قد دلت على كون كل من اليمين وإقامة البينة وخليفة للمالك ، مع أنه ان كان مدعيا فما هو الوجه في توجه الخلف عليه وان كان منكرا فما هو الوجه في طلب البينة منه ، بديهية أهما لا يجتمعان في مورد واحد .

وعلى الحملة : اما اذا حملنا الرواية على أن المالك في تعيين القيمة انما هو يوم المخالفة كانت الصحيحة مخالفة للقواعد من ناحيتين :

الاولى : أن دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل ، فلا تتوجه إليه

اليمين بوجه .

الثانية : أن اليمين اذا توجهت الى المالك لم تسمع منه البيعة ، واذن فكيف حكم الامام (ع) بقول كلا الامرين من المالك .

وعلى هذا فلا بد من حمل الصحيحة على أن المالك - في تعيين القيمة - إنما هو يرم التلف ، لا يوم المخالفة فانه عندئذ يصح توجه كلا الامرين على المالك وبأن ذلك : أن الامام (ع) قد تعرض - في العقرة المذكورة - لصورتين من صور التاراع بين المالك والغاصب .

الصورة الاولى : أن يتفق المالك والغاصب على أن قيمة البخل يوم الاكتراء كذا وكذا ، ولكن اختلفا في نزله عن تلك القيمة يوم التلف وعدم نزله عن ذلك فانه حينذاك وجب الاحذ بقول المالك . لأن الغاصب يدعى نقصان القيمة والمالك ينكره فيقدم قول المالك مع يمينه ، لكونه موافقا للأصل . مثلاً : اذا اتفقا على أن قيمة البخل يوم الاكتراء كانت عشرين ديناراً ولكن ادعى الغاصب نقصانها الى يوم التلف ، وادعى المالك بقاها على حالها ولا شبهة في أن قول المالك حينئذ موافق للأصل ، فيقدم مع يمينه ، بخلاف قول الغاصب ، فانه يخالف للأصل ، فتلزمه اقامة البيعة .

الصورة الثانية : أن يتفق المالك والغاصب على أن قيمة يوم التلف منقطة - اجمالاً - مع قيمة يوم المخالفة ، ولكنها اختلفا في تعيين تلك القيمة بأن ادعى المالك كونها يوم المخالفة عشرين ديناراً ، وادعى الغاصب كونها عشرة دنانير ، ومن الواضح أن المالك - عندئذ - يدعى زيادة القيمة فتجب عليه اقامة البيعة على ذلك . أما الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة فتتوجه عليه اليمين . وعلى الاجمال : انا اذا حملنا الصحيحة على كون المناط - في تعيين القيمة - هو قيمة يوم التلف أمكن لنا تصوير التباين بوجه قريب بين إلزام المالك

بالخلف ، وبين إلزامه بإقامة البيئة وإذا حملها بالصحيحة على كون الماط - في ذلك - هو قيمة يوم النصب فتصوير التعاير بين الأمرين بعيد جداً ، لأنه على هذا لا بد من حملها على صورة اتفاق المالك والغاصب على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو على قيمة اليوم اللاحق بيوم المخالفة ، ثم ادعى الغاصب نقصان القيمة السابقة .

ولكنه خلاف الظاهر من الصحيحة ، فلا يمكن الإلزام به مع عدم القرينة عليه ، هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام المصنف .

ويرد عليه : أن حمل الصحيحة على إرادة يوم التلف ثم حمل توجه الخلف على المالك على صورة ، وتوجه البيئة عليه على صورة أخرى خلاف الظاهر منها جداً ضرورة أن الظاهر منها هو تغيير المالك بين الوظيفتين في إثبات مقصوده : إما إقامة البيئة ، أو الخلف ، كما يقتضيه عطف إحدى الوظيفتين على الوظيفة الأخرى بأو وإذن فلا وجه لجعل الجملة المتقدمة - التي هي - مورد بحثنا فعلاً مؤيدة لإرادة يوم التلف ، دون يوم المخالفة والنصب .

بل الظاهر - واقع العالم - هو الأخذ بظاهر الصحيحة من توجه كلا الأمرين - : أي الخلف وإقامة البيئة - على المالك في خصوص الدابة المنصوبة أو في مطلق القيمي المنصوب ، وإذن فتكون الصحيحة مخصصة لقاعدة البيئة على المدعى ، والبرهن على المنكر ، فلا غرو في ذلك ، لأن تلك القاعدة ليست من القواعد العقلية حتى لا تقبل التخصيص أو التقييد ، بل هي قاعدة فقهية قابلة لذلك ، كما أن سائر القواعد الفقهية كذلك .

وعليه فالمستفاد من الصحيحة أنه إذا اختلف المالك والغاصب في زيادة القيمة ونقصانها جار للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زيادة القيمة ، أو يرده إلى الغاصب ، أو يقيم بيئة على ذلك . فكان هذا الحكم تفضل من الشارع

المقدس لذلك على رغم من العاصب .

وقال المحقق الأيرواني : ( إن قضية البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر قضية ورادة في المحاصمات . وفي مورد الرواية لم تعرض محاصمة بل الراوى سأل عن أنه من يعرف قبيلة البغل وهو تالف ، فقال ( ع ) : إمانت أو هو ، فيكون الحلف من كل منهما لأجل أن يذعر الطرف المقابل الجاهر بالقيمة . لا لأجل إلزام حصصه المنكر له )

ويرد عليه : أن حمل الحلف - هنا - على الحلف المتعارف الذي يرضى به المخولف له . ويصدق في دعواه من دون محاكمة بخلاف الظاهر من الصحة لأنها واردة في مورد المحاصمة ، فلا يجوز حملها على غير موردها وهذا ظاهر .

## ما استدل به على الضمان بأعلى القيم

قد استدل على الضمان بأعلى القيم من حين العصب الى حين التلف بوجوه .

١ - ما عن الشهيد الثاني من الاستشهاد بالصحيحة المتقدمة على ذلك .

وقال المصنف صاً : ( لم يعلم لذلك وجه صحيح ، ولم أظفر عن وجه دلالتها على هذا المطلب ) .

ولكن يمكن توجيه دلالتها على ذلك : بأن المنصوب مضمون على الناصب في جميع أزمنة النصب التي منها زمان ارتفاع القيمة ، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً ضرورة أن المراد من يوم المخالفة - في الصحة - إنما هو طبعي يوم المخالفة الذي يصدق على كل يوم من أيام النصب ، لا اليوم الخاص .

وعليه فإن رد العاصب نفس المنصوب فهو ، والا فان رد أعلى القيم

فقد رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق ، لدخول القيمة السفلى في القيمة العليا بديهية أنه لا يجب على العاصب قيم متعددة حسب تعدد أيام المخالفة ، كما أنه لو رد القيمة البازلة لما رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق ، بل أدى قيمة بعض أيام المخالفة .

والجواب عن هذا الوجه : أن الظاهر من قوله (ع) في الصحيحة : ( نعم قيمة بل يوم مخالفتك ) ، هو أول يوم حدثت فيه المخالفة ، لا مطلق أيام المخالفة ، إذ يوجد الطبيعي في الخارج بأول وجود فردة ، لأن موضوع الضمان في الصحيحة إنما هو صرف وجود المخالفة .

وطبير ذلك : ما إذا قال المولى لعبده : إذا خالفتني في الأمر العلاني وجب عليك أن تصوم يوم مخالفتك ، فإن الظاهر من هذه العبارة أنه يجب على العبد صوم أول يوم من أيام مخالفتك ، لاجتماع أيامها

أصعب إلى ذلك : أن دين الصحيحة شاهد صدق على عدم إرادة الطيبة السارية من يرم المخالفة ، بل المراد منه هو اليوم الخاص الممهود ، وذلك الدليل هو قوله (ع) : ( أو يأتي صاحب البقل بشهود يشهدون أن قيمة البقل حين أكرى كذا وكذا ) إذ لو كان المراد من يوم المخالفة هو الطبيعي لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء في هذه الفقرة . ولا لتعيين قيمة المصوب في ذلك اليوم - بالشهود - وقد عرفت فيها سبق أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفة .

٢ - أن العاصب إذا وضع يده على المصوب اشتغلت ذمته به ، وعليه فلو أدى المصوب بعينه مع بقاءه ، أو أدى قيمته العليا مع تلفه لفرغت ذمته يقيناً ، ولو أدى قيمته المتوسطة أو قيمته السفلى لما حصل العلم بفراغ ذمته . ويرد عليه : أن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر

فيؤخذ بالآفل ، لأنه متيقن ، والزائد عليه تجرى عنه البراءة

٣ - أنت العين المضمومة مضمومة على الغاصب بقاعدة ضمان اليد ، فتستصح ضمانها الى زمان دفع أعلى القيم من زمان العصب الى زمان التلف للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك

ويرد عليه : أن المراد من استصحاب الضمان ان كان استصحاب ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمة يوم الرد ، إلا أن هذا لا يحتاج الى الاستصحاب ، لأن القاعدة الأولية تنهى ذلك على ما عرفته قريباً .

وان كان المراد منه استصحاب ضمان القيمة ففيه أن اشتغال الدمة لم يثبت الا بالقيمة الدالة ، أما الزائد عليها فهو مشكوك فيه فتجربى عنه البراءة فما هو المتيقن قد ارتفع يقيناً ، أما غيره فلم يتعلق به اليقين من الأول .

وعلى المحلة : ان الاستصحاب - في محل الكلام - إما أنه غير جار أصلاً أو أنه يجربى ولكن لا يثبت الا الاشتغال بقيمة يوم الرد ، دون أعلى القيم ٤ - أن العين المضمومة بعضها مضمومة على الغاصب من ابتداء اختصاصها الى نهاية بقائها في نظام الوجود ، ومن الواضح أن اختلاف قيمتها بالصعود والنزول دخیل في اختلاف ماليتها من جهة الزيادة والنقص . وعليه فان حكمتنا باشتغال ذمة الغاصب بأعلى القيم فهو ، والا يتضرر المالك بفوت مقدار من مالیه ماله ، والضرر منفي بقاعدة نفي الضرر .

ويرد عليه أولاً : أن أدلة نفي الضرر اعما تنفي الأحكام الضرورية فقط ولا تثبت حكماً آخر لكي يدفع به الضرر .

ثانياً . أن زيادة القيمة السوقية غير مضمومة على الغاصب والا يلزم الحكم بضمانها أيضاً - في صورة بقاء العين - مع نقصان قيمتها السوقية يوم الاداء عن قيمتها السابقة ، ولم يلزم به أحد فيما نعلم .

وتعبير آخر : أنا قد ذكرنا في محله أن الضرر عبارة عن النقص في الأموال ، أو الاعراض أو الأعضاء والأطراف ، أو الأنفس ومن البين الذي لا ريب فيه أن نزول القيمة السوقية بعيد عن تلك الجهات كلها ومن هنا يجوز لأي تاجر استيراد مال التجارة وإن أوجب ذلك نقصاً في قيمة أموال التجار الآخرين .

ثانياً : أن أدلة نفي الضرر واردة في مقام الامتنان على الأمة ، ومن الظاهر أن الحكم تكون أعلى القيم مضموناً على الغاصب منافي للامتنان عليه ، فلا يكون مشمراً لأدلة نفي الضرر .

هـ - ما أفاده المصنف ، وحاصل كلامه : أن الغاصب قد أراى يد المالك من المنصوب بماله من المالية في كل زمان من أزمنة بقاء المنصوب تحت يد الغاصب ، ومن تلك الأزمنة ارتفاع قيمته السوقية وعلى هذا فإن رد الغاصب نفس العين المنصوبة على ماليتها فقد خرج من عهدها بداهة أن المأخوذ بالنصب إنما هو نفسه ، لا ماليتها الخالصة ، وإذا تلفت لم يمكن الخروج عن عهدها إلا برد كل مالية زالت عنها يد المالك ، لأن حيلولة الأجانب بين الأموال وملاكها توجب الضمان بمجموع المالية الفاتنة ، ومن الظاهر أنه لا يحصل الفراع من ذلك إلا برد أعلى القيم ، كما أنه لو تلفت العين عند ارتفاع القيمة السوقية لوجب تداركها بأداء تلك القيمة .

ويرد عليه : أنه لا صلة بين موارد بدل الحيلولة ، وبين ما نحن فيه ، ضرورة أن القائمين ببذل الحيلولة إنما التزموا به من جهة الجمع بين الحقين ، بمعنى : أن تكليف الغاصب برد العين حين التضرر تكليف بما لا يطاق ، وهو غير جائز عقلاً ونقلاً ، ومنع المالك عن حقه مع مطالبته إياه ظلم وعدوان ، ومخالفة لمقتضى دليل السلطة ، ولا شبهة في حرمة عقلاً ونقلاً ، وأذن فالجمع

بين الحقين يقتضى الالتزام بوجود أداء بدل الخيلولة الى المالك ، وسيأتى  
التعرض لذلك تفصيلا .

وهذا بخلاف ما نحن فيه ، فان كلامنا - ها - فى أصل ضمان العاصب  
القيمة العليا ، لا فى وجوب أداء ما هو ثابت فى ذمة العاصب مع مطالبة  
المالك اياه .

أصفا الى ذلك ، أن بدل الخيلولة انما ثبت فى مورد لم تتلف العين تنفا  
حقيقيا ، بل تعذر الوصول اليه من ناحية الموانع الخارجية ومن الظاهر أن  
هذه الكبرى لا تنطق على مورد بحثنا ، لأننا ندين فى زمان وصولها الى القيمة  
العليا لم يتعذر ردها على مالكها ، لان خيلولة العاصب بين المالك وماله غير  
مستدة الى التعذر النازل منزلة التلف ، بل هى اختيارية للعاصب . أما فى زمان  
تلفها حقيقة فقد انتقل ضمانها الى القيمة ، فها هو الموجب لضمائمه أعلى القيم .  
وهذا ظاهر لاحقاء فيه .

٦ - ما ذكره المحقق الايروانى ، وأليك لفظه ( فالاحسن فى الاستدلال  
على ضمان أعلى القيم : أنه يصدق عند صعود القيمة أن العاصب معتد يوم  
صعود القيمة بمالية صاعدة ، ومقتضى فاعندوا عليه بمن ما اعتدى جوارأخذ  
تلك المالية منه بعد التلف بجاراة لاعتدائه ) .

ويتوجه عليه : أنه لا دلالة فى الآية لكريمة على أصل الضمان - على  
ما عرفت - فى أوائل المسألة - فضلا عن دلالتها على الضمان برفع القيم  
٧ - أن العين مضمونة على العاصب فى جميع أوقات الغصب التى منها  
زمان وصولها الى القيمة العليا .

ويرد عليه : أنه ان كان الفرض من هذا الوجه هو كون العين بنفسها  
مضمونة على العاصب ما دامت باقية فهو صحيح ، ولكن لا دلالة فى ذلك على



الضمان بأعلى القيم ، بداهة أن الضمان إنما ينتقل إلى القيمة - بعد تلف العين - إما في زمان التلف ، أو في زمان الأداء على الخلاف في ذلك ، وعليه فلا يمكن الالتزام بضمان القيمة قبل تلف العين ، وقبل انتقال الضمان منها إلى القيمة وإن كان الغرض من هذا الوجه هو إثبات الضمان بالقيمة العليا ضماناً فعلياً منجزاً - سواء أكانت العين باقية بعد انتهائها إلى تلك القيمة ، أم كانت تالفة - فهو خلاف ما قائلوا عليه من أن ارتفاع القيمة السوقية مع عدم تلف العين - غير معصومة على العاصب على أن ذلك يستلزم الجمع بين الموصى والمعوص أحياً أو المدفروض أن العين ماقية في ملك مالكها ، ولو التزمنا - معه - بانتقال الضمان إلى بدلها للزم المحذور المذكور .

وإن كان الغرض من ذلك أن الضمان بأرفع القيم فعلي ، ولكر استقراره في دمة العاصب مراعى بالتلف فهو مصادرة وصحة ، ولا يساعده النقل ولا الاعتار ، بل هو مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاعل .

ثم إننا لو سلمنا دلالة هذه الوجوه الاعتبارية المتقدمة على الضمان بأعلى القيم ، ولكن لا يمكن الاستناد إليها في ذلك ، لأنه اجتهد في مقابل الصحيحة المتقدمة الدلة على الضمان بقيمة يوم المخالفة

ودعوى أن لصحيحة محتملة ، فلا يتضح لنا المراد . منها دعوى غير مسموعة لما عرفته قريباً من ظهورها في الضمان بقيمة يوم الغصب .

وقد ظهر لك بما حققناه : أنه لا دلالة في الصحيحة على القول بضمان قيمة يوم الدفع ، ولا على القول بضمان قيمة يوم التلف ، ولا على غير ذلك من الوجوه ، بل هي طاهرة في خصوص ما ذكرناه فقط . وعليه فلا يصحني إلى الاستدلال على الأول بقاعدة ضمان اليد ، فإنها محكومة بالصحيحة المتقدمة

نعم ربما يتوهم الاستدلال على الثاني بمجملة من الأخبار ( ١ ) الواردة في باب الرهن الظاهرة في أن القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة ، لأنها تدل على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها ، وملاحظة نسبتها مع الدين ، فإن كانت مساوية له فلا شيء على الراس ، وإن زادت عليه أخذ الزيادة ، وإن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص .  
ولكن يتوجه عليه : أن مورد هذه الروايات إنما هو الانلاف أو

( ١ ) عن ابن سكير قال : سألت أبا عبد الله ع عن الرهن ؟ فقال : إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن .  
وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله ، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء . موثقة بابن سكير .

وعن أبي حمزة ، قال : سألت أبا حنيفة ( ع ) عن قول علي ( ع ) في الرهن يتردان الفضل ؟ فقال : كان علي ( ع ) يقول ذلك ، قلت : كيف يتردان الفضل ؟ فقال : إن كان الرهن الفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه ، وإن كان لا يسوى رد الرهن ما نقص من حق المرتهن . قال : وكذلك كان قول علي ( ع ) في الحيوان ، وغير ذلك ، ضيف بسهل بن زياد . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٣٤ . والوافي ج ١٠ ص ١١٦ .

وعن عبد الله بن الحكم ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال : وسألت عن رجل رهن عند رجل رهناً على ألف درهم ، والرهن يساوي ألفين فضاع ؟ قال : يرجع عليه بفضل ما رهنه ، وإن كان أقص مما رهنه عليه يرجع على الرهن بفضل وإن كان الرهن يساوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه . ضيف بسند الله بن الحكم وغيره لفتح ج ٣ من ط النجف ص ١٩٦ . والوافي ج ١٠ ص ١١٦ . ولا يخفى عليك أن في هذه الرواية تحريفاً في نسخة الوافي سنداً ومتناً .

التفريط ، إذ لا ضمان - في تلف الرهن - على المرتهن من دون تعدد وتفريط والشاهد على ذلك جملة أخرى من روايات الرهن (١) وعليه فزمان التلف والضمان واحد في صورتي الاتلاف ، فلا منافاة عندئذ بين روايات الرهن وبين الصحة الدالة على أن العبرة بقيمة يوم المخالفة .

أما في صورة التفريط فيمكن أن يتغاير يوم التلف مع يوم الضمان ، ولكن الذي يسهل الخطأ أنه لا دلالة في روايات الرهن على الضمان بقيمة يوم التلف ، ولا بقيمة يوم المخالفة ، ولا بقيمة أخرى غيرهما ، بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان «لقيمة في فرض التعدد والتفريط ، وقد عرفت دلالة الصحة على الضمان بقيمة يوم المخالفة ، وإذ فلا منافاة بينها وبين روايات الرهن في فرض التفريط أيضاً .

ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد في العتق ( ٢ ) على الضمان بقيمة يوم التلف ، لأن ذلك ورد في الاتلاف ، وقد عرفت أن زمان التلف والضمان واحد في صورة الاتلاف .

(١) قد قلناها في ص ١٣٦ .

(٢) كقوله (ع) في رواية البصري : ( سم يؤخذ بما بقي منه قيمته يوم اعتق ) . بناءً على صحة الكافي من ذكر يوم بدل ثم .

وكقوله (ع) في رواية محمد بن قيس : ( وإن لم يكن له شيء من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسمى العبد بحساب ما بقي حتى يعتق ) . وقد

قلنا هاتين الروايتين في ص ١٧٤ .

## ختام البحث في القيمي

قد يتوهم : أن الإلتزام بانتقال القيمي التالف إلى القيمة ينافي لما تسالم عليه الأصحاب من صحة المصالحة بين التالف وبين أى مقدار من الدراهم والدنانير والوجه في ذلك . أنه لو كان التلف موجراً لانتقال التالف إلى لقيمة لما صححت المصالحة إلا على المقدار الذى يساوى قيمة التالف ، فان المصالحة على الزائد عليه يستلزم الرباء .

ولكى هذا التوهم فاسد ، بداهة أن القيمة الناشئة في ذمة الصامن ليست هى خصوص الدراهم ، ولا أنها خصوص الدنانير ، بل إنما هى أمر كل يتقوم به الأشياء ، وأنه أعم من الدراهم والدنانير ، وإذن فصالحه التالف على الدراهم ، أو على الدنانير لا تستلزم وقوع المصالحة بين المتجانسين الربويين لى يلزم منها الرباء .

قوله : ( ثم إنه حكى عن المفيد ، والقاضى ، والخلى الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساد من جهة التفويض إلى حكم المشتري ) أقول : لم يتضح لنا وجه صحيح لما ذكره هؤلاء الأعاطم ، إلا أن يوجه رأيهم هذا بما وجهه به المصنف من إرادة يوم القبض من يوم البيع ، لعلبة اتحادهما زماناً ، كما وقع التعبير - في صحيحة أنى ولاد - عن يوم المخالعة بيوم الاكتراء .

وكيف كان فلا وجه لتقييد فساد المعاملة بخصوص تفويض الشئ إلى المشتري ، ضرورة أن مورد البحث إنما هو المقبرض بالمقد العاسد ، بل المعصوب أيضاً ، وعليه فآية خصوصية للتقييد المربور .

قوله ( فافهم ) أقول : لعله إشارة إلى أن إرادة يوم القبض من يوم

اليوم وإن كان بعيداً في نفسه ، ولكنه لابد من ذلك صوتاً للكلام هؤلاء الأكابر عن القيمة ، ولعلمهم تبعوا في هذا التعبير الصحيحة المتقدمة ، حيث عرفت - قرياً - أن الامام عليه السلام قد عبر - فيها - عن يوم المخالفة بيوم الاكثراء وانه العالم بالضمائر .

ثم قال المصنف : ( إنه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال ، إلا أنه تردد فيه في الشرايع ، ولعله - كما قيل - من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله ، ودفع القيمة إنما هو لاسقاط المثل ، وقد تقدم أنه مخالف لاطلاق النصوص والفتاوى ) .

أقول : قد عرفت فيما سبق - أن مقتضى القاعدة هو بقاء المين - بعد تلفها - في الذمة على نحو الكلي الذي يعبر عنه بالمثل ، ولا تنتقل إلى القيمة إلا يوم الرد ، واذن فلا مناص عن الالتزام بضمين القيمة الزائدة للمين بعد تلفها .

ودعوى أن هذا مخالف للاجماع دعوى جرافية ، لعدم العلم بوجود الاجماع التعبدى في المقام .

ولكن الذي يسهل الخطب هو دلالة الصحيحة المتقدمة على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة ، وعليه فلا مجال للاخذ بمقتضى القاعدة : أعني به الضمان بقيمة يوم الرد .

قوله : ( ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة ) . أقول : لما بنى المصنف على الاعتبار بقيمة يوم التلف في ضمان التالف بنى على اعتبار محل التلف أيضاً في ذلك ، ضرورة أن الأشياء كما تختلف قيمتها باختلاف الأزمنة ، كذلك تختلف قيمتها باختلاف الأماكن ، فالمالية

إذا قدرت بقيمة يوم التلف قدرت بقيمة مكان التلف - أيضاً - فإن العين إنما تضمن بجميع خصوصياتها حين التلف ، ومن جعلتها خصوصية بلد التلف .  
ولكنا لما بينا على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة ، لدلالة الصحيحة المتقدمة على ذلك فلا مانع عن الاعتبار بقيمة مكان المخالفة أيضاً ، لأن الامام عليه السلام مع كونه في مقام البيان - لم يتركك بينهما - على أن التفكيك بينهما خلاف المرتكز العرفي .

ويبدل على ما ذكرناه قوله عليه السلام في نفس الصحيحة : ( أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا فيلزمك ) . فإن الظاهر من هذه الجملة المباركة هو اختيار الشهود من أهل الكوفة - التي هي مكان المخالفة - ضرورة أن الاتيان بالشهود من أهل بغداد - التي كانت نهاية لسير أبي ولاد - بعيد جداً . ومن الواضح أنه إذا كان الشهود من أهل الكوفة لم يشهدوا إلا على ما هو قيمة البغل في الكوفة ، لا على قيمته في مكان آخر ، لأن شهادتهم على الثاني نحتاج إلى عناية زائدة وهي غير مذكورة في الصحيحة .

قوله . ( ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس ) . أقول : الزيادات الحاصلة في العين نارة تكون منفصلة ، وأخرى تكون متصلة :

أما الأولى لحكمها حكم نفس العين ، وعليه فإن كانت باقية فوجب ردها على مالكيها ، وإن كانت تالفة فوجب رد بدلها عليه من المثل ، أو القيمة .  
أما الثانية فلا شبهة في كونها مضمومة على الضامن - أيضاً - سواء أكانت هذه الزيادات من قبيل الكيف ، كوصف الكتانية ، والنجارة ، والبناية ، وأمثالها أم كانت من قبيل الكم ، كالسمن ونحوه ، أم كانت من قبيل وصف الصحة .

وبتعبير آخر كما أن العين مضمومة على الغاصب ، كذلك أوصافها الدخيل في مالية العين ، فإنها - أيضاً - مضمومة على الغاصب ، سواء في ذلك أوصاف الصحة وأوصاف الكمال ، وهذا ظاهر .

ثم إن الخلاف المتقدم في الضمان بقيمة العين المغصومة يجرى في الضمان بقية الزيادات الفائتة - أيضاً - وقد عرفت - فيما تقدم قريباً - أن الاعتبار في ضمان العين التالفة بقيمة يوم النصب ، وهكذا في المقام طابق النعل بالنعل والقعدة بالقعدة .

والوجه في ذلك : أن العين إما تكون مضمومة على الغاصب مع أوصافها الدخيل في ماليتها ، لا مجردة عنها ، وعليه فتحديد العين بقيمة وقت خالص تحديد لأوصافها - أيضاً - بقيمة ذلك الوقت ، وقد عرفت دلالة الصحة على أن الاعتبار في الضمان إنما هو بقيمة يوم النصب ، ومقتضى إطلاقها - واقع العالم - هو الالتزام بضمان العين مع أوصافها من يوم المخالفة وإن كانت الأوصاف حاصلة بعد ذلك ، وعليه فتقدر العين موصوفة بتلك الأوصاف حين المخالفة ، فتقوم ، ويضمن بتلك القيمة ، وإذن فلا عبرة بالقيمة حين حدوث الأوصاف .

## ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة

قوله : ( ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك ، كما لو سرق أو غرق ، أو ضاع ، أو أبق ) أقول : تحقيق البحث عن بدل الحيلولة ونواحيه يقع في صمن أسئلة وأجوبتها :

١ - ماهو الدليل على الالتزام ببذل الحيولة عند تعذر الوصول إلى العين ؟  
 قد استدل على ذلك بوجود شق :  
 الوجه الأول : قاعدة نفي الضرر ، بدعوى أن تكليف المالك بالصبر  
 إلى أن يعود المال إلى يده ضرر عليه .  
 أو يقال : إن عدم الحكم بضمان البذل ضرر على المالك .  
 أو يقال : إن امتناع الضامن عن أداء البذل ضرر على المالك .  
 ويرد عليه : أن الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على إثبات بدل الحيولة  
 يتوقف على مقدمتين :

الأولى : أن قاعدة نفي الضرر مسوقة لرفع الأحكام الضررية ، لرفع  
 الموضوعات الضررية . وقد ذكرنا في محله أن هذه المقدمة صحيحة لاشك فيها .  
 الثانية : أن يلزم أن أدلة نفي الضرر كما تشمل الأحكام الوجودية كذلك  
 تشمل الأحكام العدمية أيضاً ؛ أى كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحية  
 حكم الشارع بشيء . ، أو عدم حكمه به فادلة نفي الضرر تقتضى ارتفاع الحكم  
 في الأول ، وجعله في الثاني .

وهذه المقدمة محدوشة بما ذكرناه في محله ، وحاصله : أن أدلة نفي الضرر  
 ناظرة إلى نفي الضرر في عالم التشريع ؛ أى الضرر الناشئ من تشريع الأحكام  
 في الشرع المقدس الاسلامى ، وعليه فذلك الأدلة غير ظاهرة في تدارك الضرر  
 المتوجه على المكلفين من غير ناحية تشريع الحكم الشرعى ، وإلا فيلزم الحكم  
 بوجوب تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال ، أو من  
 أموال سائر المسلمين ، وحيث فلا يمكن التمسك بالقاعدة المزبورة لإثبات  
 بدل الحيولة .

وبعبارة أخرى : أنه لاستحالة في حكومة قاعدة نفي الضرر ثبوتاً



وإمكاناً على الأحكام الوجودية والعينية . ولكن لا دليل عليه في مرحلة  
الاثبات والوقوع ، بديهية أن أدلة نفي الضرر قاصرة عن إثبات هذا المعنى .  
ويضاف إلى ذلك : أن النسبة بين موارد بدل الخيلولة ، وموارد ضرر  
المالك هي المعلوم من وجه ، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان الممكن  
من الوصول إلى ماله ، لاستغاثته عنه ، ومع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الخيلولة  
وقد يتضرر المالك من خيلولة المالك بينه وبين ماله مدة قليلة كساعة أو ساعتين  
مع أنه لا يكون مورد أبدال الخيلولة ، لأن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبروا  
في ثبوت بدل الخيلولة تعذر وصول المالك إلى ماله مدة طويلة . وسيأتي ذلك  
قريباً . واذن فلا يمكن الاستدلال على اثبات بدل الخيلولة بقاعدة نفي الضرر .  
ويؤيد ما ذكرناه : أننا لم نجد أحداً يستدل بقاعدة نفي الضرر على ثبوت بدل  
الخيلولة فيما إذا حال أحد بين المالك وماله بمنع عن التصرف فيه . ودعوى  
ثبوت الفارق بين هذا وبين ما نحن فيه دعوى جرافية .  
ولو أغضنا عن جميع ذلك ، ولكن تضرر المالك بالصبر إلى زمان  
الوصول إلى ماله معارض بتضرر الضامن برد بدل الخيلولة ، فيضاضان وعليه  
فلا يكون مورد بدل الخيلولة مشمولاً لقاعدة نفي الضرر .  
ودعوى أن الضامن قد أقدم - بنفسه - على الضرر فلا يمارض بضرر  
المالك دعوى فاسدة ، ضرورة أن الضامن لم يقدم إلا على ضمان العين فقط ،  
لا على ضمان سائر الجهات الخارجة عن العين .

الوجه الثاني : قوله ( ص ) : إن الناس مسلطون على أموالهم ( ١ ) .  
وتقريب الاستدلال بهذا الحديث على المنصوص هو أن السلطة على العين  
وإن كانت ممنوعة بالمنع ، إلا أن السلطة على ماليتها غير ممنوعة ، وعليه

فيجب على الضامن رد البذل على المالك حفظاً لسلطته على مالية ماله .  
ويرد عليه أولاً : أن دليل السلطة ضعيف من جهة الارسال ، وغير منجبر بشيء .  
ثانياً : أن معاده إنما هو إثبات السلطة للمالك فيما يجوز له التصرف  
في ماله - كالبيع والئس والسكى وأمثال ذلك - ومن الواضح أنه ليس لأحد  
أن يزاحم المالك في أشياء هذه التصرفات . وأما بقية الجهات فهي بعيدة عن  
دليل السلطة .

وبيان آخر : أن دليل السلطة إنما يدل على عدم محجورية المالك عن  
ماله في التصرفات الساتئة ، فلا دلالة فيه على اثبات السلطة له في التصرفات  
غير الساتئة في ماله .

وعلى هذا الضوء فيجوز للمالك أن يطالب ماله من الغاصب بمقتضى دليل  
السلطة ، ولكن لا يستفاد من ذلك جواز مطالبة بدل الحيلولة منه ، إذ لا صلة  
بينهما بوجه . كما أنه لا يستفاد من الدليل المربور جوار ائذاء الغاصب بالضرب  
والشتم والخس ونحوها .

أضف إلى ذلك : أن النسبة بين دليل السلطة ، وبين موارد بدل الحيلولة  
هي العموم من وجه . وحيث فلا يصح الاستدلال به على ثبوت بدل الحيلولة  
في جميع الموارد ، بل إنما يصح ذلك في بعض الموارد وعلى سبيل الإيجاب  
الجزئي . على أن لو جوز ما ثبت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المال إلى مالكه  
لزم القول بثبوته مع تعذر وصول المالك إلى ماله من جهة الحبس ونحوه ،  
ضرورة أنه لا يفرق في ذلك بين أن يكون التعذر بحبس المالك ومنعه عن الوصول  
إلى ماله ، وبين إلقاء المال في مكان لا يصل إليه مالكه - عادة - إلا بعد مدة  
طويلة ، مع أنه لم يلتزموا الفقهاء بثبوت البذل في الصورة الأولى ، وهذا ظاهر .  
الوجه الثالث : قاعدة الضمان بالاتلاف ، بدعوى أن الغاصب قد فوت

سلطنة المالك على ماله في موارد بدل الحيلولة ، فحيث إنه غير قادر على إعادة تلك السلطنة بعينها ، فلا بدله من إعادة مثلها ، ومن الواضح أن هذا لا يمكن إلا بأداء بدل الحيلولة .

ويرد عليه أولاً : أن التمسك بهذا الوجه يقتضي الحكم بلزوم بدل الحيلولة فيما كان تمسك الوصول إلى المال من جهة حصر المالك ومنعه عن التصرف فيه ، كما أن التمسك به يقتضي الالتزام بدل الحيلولة فيما كانت مدة الحيلولة قليلة ، مع أن القائلين بدل الحيلولة لم يلتزموا به في كلا الموردين .  
ثانياً : أنه إن كان المراد من فوت السلطنة فوت منافع العين فلا شبهة في كونها مضمومة على الغاصب ، كما أن نفس العين مضمونة عليه ، ولكن هذا بعيد عن بدل الحيلولة .

وإن كان المراد من ذلك فوت نفس السلطنة على العين فلا دلالة في القاعدة المزبورة على كون السلطنة العائنة مضمونة على الغاصب بداهة أن مفاد القاعدة هو أن العين التالفة مضمومة على المثلث دون سائر الجهات .

أضف إلى ذلك : أن هذه القاعدة ليست بمدلول آية أو رواية لكي تملك باطلاقها ، بل هي منصيدة من أدلة الضمان الواردة في موارد خاصة ، وعليه فلا بد من الاقتصار على الموارد المتينة : أعني بها نفس العين التالفة .  
الوجه الرابع . قوله (ص) : على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، فإن أداء العين كما يكون بأداء البدل في صورة التلف ، كذلك يكون بأداء البدل في فرض الحيلولة .

ويرد عليه أولاً : أن الحديث المزبور ضعيف السند ، وغير متجبر بشيء . وقد عرفته فيما تقدم (١) .

ثانياً : أنه لو جاز التملك - هنا - لما يفرق فيه بينها كانت مدة التعذر قليلة، وبهذا كانت مدة طول قطع أن الفقهاء لم يلزموا تبدل الحيولة في الصورة الأولى ثالثاً : أنا ذكرنا في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أن قاعدة ضمان اليد إنما تدل على ثبوت العين في عهدت الناصب بجميع خصوصياتها الفردية والصفية والنوعية التي هي دخیل في المألیة . وذكرنا - أيضاً - أن فقدان أية خصوصية من تلك الخصوصيات لا يوجب اضطراراً لغيرها .

وعليه فإذا كانت العين موجودة لزم على الناصب ردّها مع تلك الخصوصيات بأجمعها ، لاستحالة أدائها بدون تلك الخصوصيات .

وإذا تلت حقيقة ، كالاختراق ونحوه ، أو صارت في حكم التلف في نظر أهل العرف ، كالسرقة والاباق والاعتراف والضياع وأشابهها مما يوجب اليأس عن الوصول إليها ، إذا كان كذلك انتقل الضمان الى المثل .

وإذا نظر المثل - أيضاً - مع مطالبة المالك حقه وجب على الناصب أداء القيمة ، أعني بها المألیة الخاصة . ووقتئذ لا يجوز للمالك مطالبة المثل ، ولا مطالبة العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول إليها ، والا يلزم الجمع بين العوض والعوض .

وهذا بخلاف ما إذا لم يوجب التعذر التحاق العين بالتالف ، فانه حينئذ ليس للمالك مطالبة البدل ، ولا للناصر أداء غير العين المخصوصة الا مع التراخي نعم يجوز للمالك أن يطالب بالمنافع العائنة ، فيكون المأخوذ بأزاء تلك المنافع بمنزلة الاجرة للعين في مدة غيابها عن المالك ، ولا شبهة في أن هذا كله غير مربوط بتبدل الحيولة ، واذن فلا وجه لاثباته بحديث ضمان اليد . وقد اوضح لك مما تلوناه عليك : أنه لا يمكن الاستدلال على ثبوت

بدل الخيلولة بالروايات (١) الدالة على ضمان التالف في الأمانات المضمونة ، كما صنعه المصنف . لأنها راجعة الى صورة التلف ، وعمل بحثنا غير هذه الصورة الوجه الخامس : دعوى الاجماع على ثبوت بدل الخيلولة مع تمدد وصول المسالك الى ماله .

ويرد عليه أننا لو سلمنا وجود الاجماع في المقام ولكن يحتمل قريباً أن يكون مستنده هو الوجوه المتقدمة واذن فلا علم لنا بوجود الاجماع التعبدى في المقام .

- (١) عن اسحاق بن عمار قال : سألت ابا الحسن « ع » عن رجل استودع رجلاً ألف درهم ، فصاعت فقال الرجل كانت عندي ودية وقال الآخر : إنما كانت عليك قرصاً ؟ قال : انك لا لزم له إلا ان يقيم البيعة أنها كانت ودية .  
وعن ابن محبوب قال : كتب رجل الى العقبه « ع » رجل دفع الى رجل ودية وامره ان يضعها في منزله او لم يأمر ، فوضعها في منزل جاره فصاعت ، فهل يجب عليه اذا حالف امره واخرجها عن ملكه ؟ فوقع « ع » هو ضامن لها ان شاء الله .  
وعن امان عن محمد عن ابي جعفر « ع » قال : سألت عن العارية يستميرها الانسان فتهلك او تسرق ؟ قال فقال : إذا كان امياً فلا غرم عليه .  
وعن ابن سنان قال : سألت ابا عبد الله « ع » عن العارية ؟ فقال : لا غرم على مستمير عارية إذا هلكت اذا كان مأموناً . الوافي ج ١٠ ص ١١٨ . وقد تقدم ما يدل على ضمان الأجير في ص ١٣٧ .

## ما هو مورد بدل الخيلولة ؟

٢ - هل يقيد ثبوت بدل الخيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى العين الغائبة ، أم يقيد بعدم رجاء وجدانها ، أم لا يقيد بشيء منها ، بل يحكم بثبوت بدل الخيلولة بمجرد التعذر الفعلي ، سواء أعلننا بإمكان الوصول إليها بعد مدة طويلة ، أم أعلننا بالوصول إليها بعد مدة قصيرة يتضرر المالك بعدم الوصول إلى ماله في هذه المدة ؟ .

ذكر المصنف رحمه الله : أن ظاهر الأدلة التي استدلووا بها على ثبوت بدل الخيلولة هو اختصاص الحكم بأحدى الصورتين الأولى . ولكن المستفاد من فتاوى الأصحاب رضوان الله عليهم هو الصورة الثالثة ويظهر ذلك من إطلاق قولهم : إن اللوح المصوب في السفينة إذا كان نزعاً معرضاً لتلف مال لغير الغاصب انتقل إلى القيمة حتى تصل السفينة إلى الساحل . ويؤيد هذا المعنى : أن فيه جمعاً بين الحقين ، انتهى ملخص كلامه . ويرد عليه : أن ما استظهره من كلمات الفقهاء في مسألة اللوح المصوب في السفينة وإن كان استظهاراً وجهياً ، ولكن لأدليل على حجية فتاوى للفقهاء الآخرين .

أما التأييد المزبور فلا فائدة فيه ، إذ لم يتضح لنا من الأدلة المتقدمة جواز مطالبة المالك الغاصب ببذل الخيلولة في مدة انقطاعه عن ماله وقد عرفته قريباً .

ولو أغضنا عن ذلك ، ولكن الصورة الأولى - : أعنى بها صورة يأس المالك من الوصول إلى ماله - لاحقة بالتلف الحقيقي ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك قريباً ، وإذن فلا وجه لجعل هذه الصورة من موارد بدل الخيلولة .

أما الصورتين الأخريين فيختلف الحكم فيها باختلاف مدارك بدل الحيلولة ، لأنه إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الإجماع فالتيقن منه إنما هو الصورة الأولى التي قد عرفت خروجها عن مورد البحث . وإن كان الدليل عليه هو قاعدة السلطنة ، أو قاعدة لا ضرر ، وضمان اليد فقد عرفت أن مفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر ، سواء أ كان زمان التعذر طويلاً ، أم كان قصيراً ، وعليه جميع الصور المتقدمة داحضة في محل البحث مع أنه ينبغي البطلان ، فإن الفقهاء لم ينزموا بثبوت بدل الحيلولة إلا فيما تعذر الوصول إلى العين في مدة طويلة ، لا مطلقاً .

## هل يعتبر التعذر العقلي

في ثبوت بدل الحيلولة ؟

٣ - هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة ، أم لا ؟ .

لما فرغ المصنف من البحث عن الصور الثلاث السابقة نهض إلى البحث عن اعتبار التعذر العقلي وعدمه في ثبوت بدل الحيلولة .

وحاصل كلامه مع التوضيح الاحتمالي : أن الظاهر من دليل السلطنة وحديث ضمان اليد وقاعدة لا ضرر هو عدم اعتبار التعذر العقلي في ثبوت الضمان بدل الحيلولة ، بحيث لا يتمكن الضامن عقلاً من الوصول إلى العين ، بل يكفي في ذلك مجرد التعذر العرفي . وإن تمكن الغاصب من الوصول إلى العين بالسمي في مقدمات الوصول . وعليه فيحكم بثبوت بدل الحيلولة في زمان السمي أيضاً .

وأمله لأجل هذا المعنى قد أفتى الفقهاء رضوان الله عليهم بالانتقال إلى القيمة في اللوح المنصوب في السفينة مع إمكان الوصول إليه ولو بالسمي في مقدمات إيصال السفينة إلى الساحل .

نعم قد عبر بعض الفقهاء عن عدم الوصول إلى العين بكلمة ( التعذر )

ولاشبهة في ظهورها في التعذر العقلي ، وهذا هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برد العين . ثم أمر بالتأمل .  
ولعله إشارة إلى أن الأصل المذكور محكوم بدليل السلطنة ، وقاعدتي نفي الضرر ، وضمان اليد ، وأنه لا يفرق في أدلة بدل الحيولة بين الزمان اليسير والزمان الطويل .

وقد ظهر لك مما قلناه عليك فساد ما ذكره السيد رحمه الله في حاشيته وإليك نصه :  
( لا يعني أن هذا ليس مطلباً آخر ، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أبده بأن فيه جماً بين الحقيقتين ، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول وهو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار ) .

ووجه الفساد : أن اليأس من الوصول إلى العين أعم من التعذر العقلي فإذا اعتبر الثاني في سقوط التكليف برد نفس العين ، فجرد اليأس - الذي هو الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمة - لا يوجب سقوطه . كما أن اعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف برد العين أعم من الصورة الأخيرة - وهي الحكم بثبوت بدل الحيولة بمجرد التعذر الفعلي - واذن فلا تكرار في عبارة المصنف

## ما هو حكم القيمة مع تعذر الوصول إلى العين

٤ - ما هو شأن القيمة مع تعذر الوصول إلى العين ، وهل للضامن إجبار المالك حينئذ على أخذها ؟ .

لاشبهة في أن العين إذا تلفت انتقل الضمان إلى بدلها من المثل أو القيمة كما لاشبهة في أن بقاء الضامن مشغول بالنزعة ضرر عليه ، واذن فيجوز له إجبار المالك على قبول حقه .



ولكن شيئاً من ذلك لا يجري فيها نحن فيه ، لأننا سلمنا نفاية الأدلة المتقدمة الدالة على ثبوت بدل الحيولة ، إلا أنه لا دلالة فيها على جواز إجبار الضامن المالك على قبول البذل . وليس هنا دليل آخر يدل على ذلك غير تلك الأدلة . وعليه فينتخير المالك بين قبول البذل وبين الصبر الى زمان زوال العذر . بل هذا المعنى هو الذى تقتضيه قاعدة السلطة ، ضرورة أن المالك يستحق على الضامن العين نفسها ، ومن الظاهر أن إجبار الضامن إياه على قبول بدلها خلاف سلطته .

وهذا هو الذى أراده المصنف من تمسكه بقاعدة السلطة في المقام . وليس مراده من التمسك بها هو سلطة المالك على امتناع قبول البذل مع كونه ملكاً له لئلى يتوجه عليه أنه ليس للمالك الامتناع من قبول ماله بدليل السلطة وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

قوله : (وكما أن تعذر رد العين في حكم التلف ، وكذا خروجه عن التقويم) أقول : قد تقدم حكم الخروج عن التقويم في الأبحاث السابقة (١) وقلنا إن المدار في ذلك على انتهاء أمد المالية ، غاية الأمر أنه يحكم في القيميّات بضمين قيمة يوم النصب ، لصحيحة أبى ولاد المتقدمة .

## هل يصير البذل المبذول ملكاً

لمالك العين ؟

- ما هو حكم البذل المبذول فهل يكون ذلك ملكاً للمالك العين أم لا ؟ ذكر المصنف أن المسأل المبذول يملكه المالك بلا خلاف ، كما في المبسوط والخلاف والفنية والتحرير وظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين .

ثم قال : ( ولعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق الا بذلك ، ولولا ظهور  
الاجماع وأدلة الفرامة في الملكية لاحتمال أن يكون مباحا له اياحة مطلقة وان  
لم يدخل في ملكه ، ظهير الاياحة المطلقة في المعاينة على القول بها  
فيها ، ويكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين . وحكي الجزم بهذا الاحتمال  
عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله ) .

ولكن ناقش في هذا الرأي المحقق والشهيد الثابان

فقال الأول في محكي جامع المقاصد : ( ان هنا اشكالا ، فانه كيف يجب  
القيمة ويمسكها الاخذ ويبقى العين على ملكه ، وجعلها في مقابل الحيولة لا يكاد  
يتضح معناه ) .

وقال الثاني : ( ان هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض  
والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح . ولو قيل بحصول الملك لكل  
منها متزلا ، وتوقف تملك المعصوم منه للبذل على اليأس من العين وان جار  
له التصرف كان وجها في المسألة )

والتحقيق : ان حكم هذه المسألة يختلف باختلاف مدرك بدل الحيولة : فان  
قلنا بأن مدركه قاعدة نفي الضرر ، فانها تقتضي كون البذل مباحا للمالك ، لا ملكا  
له ، لا مالوسلنا شمول أدلة نفي الضرر للأحكام العدمية ، ولسكنها لا تقتضي  
التشريع الا بالمقدار الذي يرتفع به ضرر المالك ، ومن البديهي أن ضرره انما  
كان من ناحية عدم تمكنه من التصرف في ماله ، وهذا يرتفع باباحة التصرف  
في بدل الحيولة مثليا يتصرف في ملكه ، فار دخول الدل في ملك المالك  
ليس بدخيل في ارتضاع ضرره .

وان قلنا بأن مدرك بدل الحيولة انما هو دليل السلطنة ، أو قلنا بأن  
الغاصب قد هوت على المالك سلطته على ماله فيجب عليه تدارك هذه السلطنة

للمالك أن قلنا بذلك فلا يثبت للمالك أيضاً الإباحة التصرف في البديل على النحو الذي يتصرف في ملكه ، لأنه لادلالة في دليل السلطة الأعلى لزوم إعادة سلطة المالك ، الزائلة ولا ريب في حصول هذا المعنى يجوز تصرفه في بدل الحيولة وإن لم يصير البديل ملكاً له .

ويتضح ذلك جلياً بأن الملكية أو السلطة من الأحكام الوضعية . ومن البين أن الأحكام الشرعية لا تقابل بالمال .

نعم مقتضى ذلك هو الالتزام بالملكية الآتية قبل التصرف المتوقف على الملك . وقد تقدم نظير ذلك في المعاماة على القول بإعادتها الإباحة المطلقة .

وقد يتوهم أن سلطة المالك قد زالت مع المالية القائمة بالعين . ومن الواضح أنه لا يمكن إعادة السلطة المزبورة إلا بإعادة نفس العين أو بإعادة ما يقوم مقامها في المالية ، وعليه فلا بد من الالتزام بملكية المالك تحقيقاً للبديلة .

ولكن هذا التوهم فاسد ، إذ لا دليل على الملازمة بين إعادة السلطة وبين إعادة العين أو إعادة ماليتها ، بل تمكن إعادة السلطة الزائلة في ضمن مال الغاصب ضرورة أن السلطة عبارة عن القدرة على تصرف المالك تصرفاً سائفاً ، ولا ريب في تحقق ذلك في شيء آخر يقوم مقام ملك المالك .

وإن كان المدرك لبديل الحيولة هو الإجماع فلا شبهة في أن المشتق منه إنما هو قيام البديل مقام البديل في خصوص التصرفات المالية ، لا في الملكية . وإن كان المدرك لذلك هو قاعدة من أئلف فهي تقتضي صيرورة البديل ملكاً للمالك ، بديهية أن الضمان لا يرتفع إلا بذلك .

وإن كان المدرك لذلك هو قاعدة ضمان اليد . فإنها تقتضي وجوب رد العين إلى مالكيها ، ومع تلفها يلزم على الآخذ رد بدلها من المثل أو القيمة ، ومن الواضح أن مقتضى البديلة هو كون البديل ملكاً للمالك البديل .

وبيان ذلك : أن المستفاد من قاعدة ضمان اليد إنما هو ثبوت العين في هبة الضامن بجميع شؤونها ، وأنه يجب ردها إلى مالكها ، ومع المعز عن ذلك من جهة التلف أو تعدد الوصول إليها وجب على الضامن رد بدلها مع مطالبة المالك ، وهذا البديل وإن لم يكن عين المبدل من جميع الجهات ، ولكنه مثله في بعض الجهات ، لما ذكرناه سابقاً من أن المضمون على الضامن ابتداءً بقاعدة ضمان اليد إنما هو العين الخارجية بجميع خصوصياتها ، ومسح انتفاء بعض الخصوصيات يبنى بعضها الآخر مضموناً عليه ، لأن اضمحلال أية خصوصية منها لا يوجب اضمحلال غيرها ، وعليه فرد المأخوذ بالعصب وإن لم يمكن بتهم خصوصياته إلا أنه يمكن ذلك فاقدراً لبعض الخصوصيات غير الدخيل في المالية ، ولا عذر فيه لكونه برضى المالك وإذن فلا يتحقق عنوان البدلية بأداء بدل الحيولة إلا بقيام البديل مكان المبدل في الإضافة الملكية .

وعلى الجملة : إن مقتضى قاعدة ضمان اليد هو أن البديل - : أعني به المثل أو القيمة - أمر كل ينطبق على المبدل والبديل كليهما انطباق الكلي على أفرادهِ والطبيعي على مصاديقه ، وعليه فلا مناص عن الالتزام بصيرورة بدل الحيولة ملكاً للمالك ، وهذا واضح لاشبهة فيه .

## هل يكون المبدل ملكاً للضامن

### بإعطاء البديل ؟

٦ - هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البديل أم لا ؟ .

قد يقال بأن المضمون له يملك بدل الحيولة ، والضامن يملك العين المتعذرة ، لاستحالة بدلية شيء عن شيء إلا بقيام البديل مكان المبدل في جهة من الجهات ، وتلك الجهة في المقام هي الإضافة الملكية .

وقد يقال بأن المالك يملك البدل ، أما الضامن فلا يملك المبدل ، لأن المأخوذ بعنوان البدلية ليس عوضاً حقيقياً حتى تستحيل البدلية الابدخل العين المتعذرة في ملك الضامن ، بل هو غرامة خالصة نظير دية المقتول أو المجرع والمبدول عند تلف العين . ومن البين أن عنوان الغرامة لا يستلزم خروج البدل من ملك الضامن ولا دخول العين المتعذرة في ملكه لكي يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية .

ولكن التحقيق : أن كون العين المتعذرة ملكاً للضامن متفرع على كون البدل ملكاً للمالك ، فانه بناءً على صيرورة البدل ملكاً للضامن له - كما تقتضيه قاعدة من ألق ، وضمان اليد - صار المبدل ملكاً للضامن بالمعاوضة القهرية الشرعية ، إذ لولا ذلك لزم اجتماع العوض والمعووض في ملك مالك العين .

ومن هنا فاقض المحقق والشهد التايان في الالتزام بكون البدل غرامة خالصة من غير أن يكون المبدل ملكاً للضامن ، ولا أن يكون البدل ملكاً للمالك . وقد تقدم كلامهما قريباً .

ويؤيد ذلك ماورد (١) في الدابة الموطوعة من إلزام الواطى بأخذ الدابة وإعطاء ثمنها للمالكها .

(١) عن سدير ، عن أبي حمزة ( ع ) في الرجل يأتي البهيمة ؟ قال : يحد دون الحد ، ويحرم قبعة البهيمة لصاحبها ، لأنه فدها عليه ، ونسبح ونحرق وتدفن إن كانت مما يؤكل لحمه . وإن كانت مما يركب طهره اغرم وحده دون الحد وأحرقها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف فيبمها فيها كيلا يبيع بها . حصة سدير بن حكيم . الكافي ج ٧ ص ٢ ط ٢ ص ٢٠٤ . الوافي ج ٩ ص ٥٣ .

## بحث في فروع مهمة

ثم إنه تستخرج مما ذكرناه فروع مهمة ، وهي مايلي :

١ - أنه إذا تضرع أحد غفلة بقاء منصوب ، أو مقبوض بالمقد الفاسد ، والتفت بعد الغفلات ، وقبل المحطات بنصبية الماء ، فانه مضاء على دخول الماء في ملك الضامن بعد أداء بدله يصح المسح بما بقي من رطوبة يده ويصح وضوءه ، وبناءاً على عدم دخول الماء في ملك الضامن لا يصح مسحه بتلك الرطوبة ، ولا يصح وضوءه . هذا على تقدير أن الرطوبة الباقية باقية على كونها ملكاً بل مالا . أما إذا فرض أن الماء المستعمل في الوضوء بعد من التالف عرفاً جاز المسح بالرطوبة الباقية من غير فرق في ذلك بين إمكان إطفاء المالك بتلك الرطوبة وعدم إمكانه .

٢ - أنه إذا غضب أحد حرراً محترمة لغيره ، أو غضب دابة ، وماتت الدابة وانقلبت الخمر خلا ، فانه على القول بوقوع المعاوضة القهرية بين البديل والمبديل كان الخمر وميتة الدابة للضامن بعد أداء البديل ، وإلا فهي للضامن له .

٣ - أنه إذا غلط أحد ثوبه بخيوط منصوبة ، فانه على القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البديل جازت له الصلاة في ذلك الثوب . وكذلك التصرفات الاخرى ، والا فلا .

ويمكن التحاق تلك الخيوط بالتلف الحكي ، إذ لا يمكن ردها - غالباً - إلا بعد سقوطها من المألة بالزرع .

وقد حكى الجزم بعدم وجوب الزرع عن مجمع البرهان ، بل قال يمكن أن لا يجوز .

ولعله من جهة كون النزع إتلافاً للبال على مالكه هو لا يجوز . وينضج الحكم بالتحاق ذلك بالتلف المحكى فيما إذا كان الخيط بالحيوط المنصوبة جرح النفس المحترمة ، أو ثوب غيره بحيث كان النزع موجباً للتلف أو الضرر .

٤ - أنه لو غصب أحد دهنًا وحلطه بطعامه فانه بناءً على دخول المبدل في ملك الغاصب - بعد رد بدله - جاز له التصرف في ذلك الطعام ، وإلا فلا يجوز التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن . وإلى غير ذلك من الفروع التي ترد عليك في مواضع شتى .

## خلاصة البحث في بدل الحيولة

وصفوة الكلام من أول البحث عن بدل الحيولة إلى هنا هي أن القاعدة الأولية تقتضى ثبوت العين المنصوبة أو ما في حكمها في عهدة الغاصب بجميع خصوصياتها الدخيل والمالية . وإذا تلفت العين أو التحق بالتلف انتقل الصمان إلى المثل أو القيمة ، ويكون ذلك بدلاً حقيقياً عن العين النالفة ، أو النارة منزلة التالف .

وحينئذ فتخرج العين عن ملك مالكيها ، وتدخل في ملك الغاصب . وإذا لم تلف العين لأحقيقة ولا حكماً ، ولكن تعذر الوصول إليها فإن القاعدة تقتضى ثبوتها في عهدة الغاصب إلى زمان تتمكن من أدائها . وإذن فليس للمالك إلا مطالبة أجرة العين في مدة الحيولة من الغاصب ، إلا إذا رضيا بالبدل فانه على هذا تتحقق المعاوضة الشرعية بين البدل والمبدل ، فيكون المدفوع بدلاً حقيقياً عن العين .

نعم إذا دل دليل على كونه غرامة لا بدلاً عن العين أخذه ، فظنير دية المقتول .

ولكنك قد عرفت المناقشة في الأدلة التي استدلت بها على إثبات بدل الحلولة بعنوان الغرامة .

وقد تجلّى لك ما ذكرناه انحلال المناقشة المعروفة التي أوردوها على مسألة تعاقب الأيدي ، وحاصل تلك المسألة : هو أن المقتصر منه يتخير في أخذ البديل لئله بين الرجوع إلى أى شخص من هؤلاء الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم ولكن إذا رجع إلى العاصب الأول رجع الأول أيضاً إلى الثاني وهكذا حتى تنتهي سلسلة الغصاب : وثبتت الغرامة على العاصب الأخير الذي تلفت العين في يده .

أما إذا رجع المالك في ذلك إلى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط إلى الغاصبين السابقين ، بل يرجع إلى الغصاب اللاحقين .

وحاصل تلك المناقشة هو سؤال الفارق بين الصورتين .

وملخص الجواب عنها : أن العاصب الأول إذا أعطى البديل عن العين المخصوصة التالفة ملكها على الغاصب الثاني فيجوز له الرجوع إليه . وإذا رجع المالك إلى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط إلى سابقه لأنه لا يملك عليه شيئاً ، بل يرجع إلى للاحقه .

ودعوى أن التالف أمر معدوم ، أو منزلة المعدوم فلا يقبل الملكية دعوى جزائية ، لأن الملكية من الأمور الاعتبارية ، فلا محذور في تعلّقها بالأمور المدمية مع ترتب الأثر عليه كتعلّقها بالأمور الوجودية كذلك ، وقد ذكر الفقهاء أجوبة أخرى عن تلك المناقشة ، ولكن لا يرجع شئ منها إلى معنى محصل يطمئن به القلب ، وتركز إليه النفس ، وسيأتي التعرض لتلك المسألة وأجوبتها .



## ماهو حكم تمكن العاصب من العين

بعد إعطاء بدلها ؟

٧ - لو تمكن العاصب من العين المعصوبة بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز له الرجوع اليها أم لا . الظاهر أن جوار الرجوع - هنا - الى العين وعدمه متوقف على أن ملكية البدل لمالك العين ملكية لازمة أو ملكية جائزة ، وعلى الأول فلا يجوز له ذلك ، وعلى الثاني فلا بأس به . وقد تقدم نظيره في مبحث البيع المعاطاتي وذكرنا - هناك - أن القاعدة تقتضي أن لا يرجع كل من المتعاطين الى صاحبه في المأخوذ بالمعاطاة ، لكونه أكلاً للمال الباطل . ومن البين أن مادكرناه - هناك - جار في المقام أيضاً .

نعم اذا لم تقل بصيرورة العين ملكاً للضامن لا بالمعاوضة القهرية الشرعية ولا بمعاوضة غير قهرية جاز للمصوب منه أن يرجع الى العين المعصوبة بعد خروجها عن التعذر ، ولكن قد عرفت فساده قريباً وقد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الاستاذ من أنه ( اذا ارتفع العذر وتمكن من رد العين الى مالكه وجب الرد فوراً حتى على القول بالمعاوضة القهرية الشرعية ، لأن حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على عنوان التعذر ويدور مداره .

## ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقية

٨ - ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقية بعد أداء البدل ؟ ذكر المصنف ( أن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أو للزيادة المتصلة ، بل المنفصلة كالثمرة ، ولا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك ) . وعن العلامة في التذكرة وعن بعض آخر هو كون المنافع مضمونة على

الضامن ، وقد قواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه .  
 والتحقيق : أن المأخوذ بعنوان الفرامة إن كان بدلا عن العين المتعذرة - كما يقتضيه دليل ضمان اليد - فلا شبهة في انقطاع علاقة المالك عن العين ، وصيرورتها ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى الهاءات المنفصلة فضلا عن زيادة القيمة للسوقية . وإن كان المأخوذ بدلا عن السلطة الفائتة - كما تقتضيه قاعدة السلطة - ضمن العاصب جميع شؤون العين سواء أكانت تلك الشؤون فائتة أم لا . وحيث أن الالتزام بكون المأخوذ بدلا عن السلطة الفائتة دون العين يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائتة بعد دفع الفرامة وهذا ظاهر لا حفاء فيه .

## بحث في أسباب الضمان

قوله : ( سواء كان الداهم من العين كما في التلف الحقيقي ) . أقول : ملخص كلامه أن أسباب الضمان أمور أربعة :

الأول : أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقة فيجب عليه أن يخرج من عهدها لأدلة الضمان .

الثاني : أن يكون سببا لانقطاع سلطة المالك عن ماله - كالاغتراق والاباق والصياغ وأشباه ذلك - وقد عرفت أن هذا مورد لبطلان الحيولة .

الثالث : أن يكون سببا لزوال الأوصاف التي هي دحيل في مالية العين مع انحفاظ العين بنفسها في ملك مالكيها وتسلطه عليها تسلط الملاك على أملاكهم وعليه فالضمان - هنا - بالمالية الخالصة فقط دون العين المنصوبة .

الرابع : أن يكون سببا لسقوط العين عن المالية والملكية معا ، بحيث لم يبق فيها للمالك إلا حق الاختصاص والظاهر هو وجوب رد العين مع القيمة في جميع الصور الثلاث الأخيرة . وأن صيرورة البطلان ملكا للمصوب منه

لا تقتضى خروج العين المنصوبة عن ملكه أو متعلق حقه ودخولها في ملك الضامن أو متعلق حقه في جميع موارد الضمان انتهى ملخص كلامه .

أقول : أما القسم الأول فالحكم فيه ظاهر ، فانه إذا تلفت العين وانعدمت من أصلها لم يبق - هنا - مورد للملكية ، بل يكون اعتبارها لغو أعصاً . سواء أ قلنا بعدم انعدام الأشياء عن حقيقتها ، بل إنما تبدل صورها النوعية بصور نوعية أخرى كما عليه جمع من الفلاسفة أم قلنا بانعدامها رأساً ، بداهة أن الأحكام الشرعية غير مبنية على التدفقات الفلسفية .

نعم يصح اعتبار الملكية على المعلوم مع ترتب الأثر على الاعتبار المزبور كما أشرنا إليه قريباً .

أما القسم الثاني فقد عرفت فيما تقدم أنه لاحق بالتلف الحقيقي ، فلا وجه لجعله مورداً لبطلان الحيلولة ، كما صنعه المصنف .

أما القسم الثالث فظاهر المصنف رحمه الله : أن مالية العين المنصوبة تزول بذهاب أو صابها الدخيل في المالية ، ولكن العين لا تخرج بذلك عن ملك مالكيها . وحينئذ فيتوجه عليه ما ذكره السيد واليك نصه :

( لا يخفى أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفة الملكية فان الرطوبة الباقية ظهير القصة المكسورة . فانه لا يقال : إن أجزائها باقية على ملك مالكيها مع عدم فائدة فيها إلا نادراً ) .

والتحقيق : أن بوجه كلام المصنف بأن العين المضمونة إما أن يفوت بعض منافعتها عند الضامن ، أو جميعه .

وعلى الأول فيلزم على الضامن أداء قيمة المنافع الفائتة ، لقاعدة ضمان اليد .

نعم قد دلت الرواية المعتمدة - تقدمت هذه الرواية قريباً - على ضمان

الواطى للدابة بقيتها ، مع أنها لا تسقط بذلك عن المالة . ولكن لا يجوز التمدى عن موردها الى غيره .

وعلى الثانى فقد يزول الانتفاع من العين على وجه الاطلاق ، بحيث لا يمكن الانتفاع منها بوجه . وقد يزول الانتفاع منها مستقلاً ؛ أى لا يمكن الانتفاع من العين بنفسها بلا انضمامها الى شىء آخر ، أما إذا ضمناها الى غيرها أمكن الانتفاع منها كحة من الحطة المغسوبة ، فانه لا يمكن الانتفاع منها بنفسها ، ولكن يمكن الانتفاع بها مع ضمها الى غيرها .

ومن ذلك أيضاً الورق الذى كتبت فيه قصيدة راقية ، فانه إذا غصبه الغاصب ومرفقه لم يمكن الانتفاع من قطعاته الممزقة ، إلا أن فيها أم الانتفاع إذا انضم بعضها الى بعض .

وعلى الاول فاعتبار الملكية فى العين لغو محض كما هو واضح . وعلى الثانى فلا يكون الاعتبار المذكور لغواً ، وهذا هو مراد المصنف والله العالم . وحيث أن العين المغسوبة ملك للضامن ، لا للمالك لما عرفته قريباً من تحقق المعاوضة القهرية الشرعية بينها وبين البدل الذى أعطاه الضامن للمالك .

### بحث فى حق الاختصاص ووجه ثبوته

أما القسم الرابع :- أعني به سقوط العين عن المالة والملكية معاً - فلا شبهة فى أن المثلل يضمن بدل العين من المثلل أو القيمة . وهذا ظاهر . ثم انه إذا سقطت العين عن المالة والملكية معاً فلا شبهة فى بقاء حق الاختصاص فى تلك العين للضامن كما هو المختار عندنا ، أو للمالك كما هو المختار عند المصنف . وأما البحث فى منشأ هذا الحق ، مع ان العلاقة الثابتة بين المال ومالكه - وهى الاضافة الملكية - قد رالت على الفرض ، ولم تحدث هنا علاقة اخرى لكى نسميها بحق الاختصاص ومع الشك فى حدوثها فاصالة

العدم محكمة .

وتحقيق البحث هنا يقع في نواحي شتى :

الناحية الأولى : فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص . وقد استدل

عليه بوجوه عديدة :

الوجه الأول : أن حق الاختصاص سلطنة خاصة في الأموال في عرض

الملكية وقاها ، فإذا زالت الملكية عن مستقرها بنى الحق على حاله ، ضرورة أن كلا منهما ما شيء من سبب خاص ، لاصلة لأحدهما بالآخر .

ويتوجه عليه : أن هذه الدعوى وإن كانت ممكنة في مقام الثبوت ولكن

لادليل عليها في مقام الإثبات .

الوجه الثاني : أن حق الاختصاص مرتبة ضعيفة من الملكية ، فإذا

ارتفعت الملكية بجدها الأقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة التي سميها حق

الاختصاص ، بديهية أن المرتبة القوية وإن كانت تستلزم المرتبة الضعيفة في

الثبوت ، ولكنها لا تستلزمها في الزوال ، ويتصع ذلك بملاحظة الألوان

والكيفيات ، حيث نزول عنها المرتبة الشديدة ، وتبقى المرتبة الضعيفة

على حالها .

ويرد عليه : أن الملكية سواء أكانت حقيقية أم كانت اعتبارية ليست

بقابلة للشدة والضعف ، وإنما هي أمر بسيط ، فإذا زالت زالت برأسها ، وعليه

فلا يبق - ها - شيء لكي يسمى بحق الاختصاص .

أما ما ذكره غير واحد من الأعلام كالسيد وغيره من أن الحق مرتبة

ضعيفة من الملك . فلعل مرادهم من ذلك هو أن الملك والحق كليهما من مقولة

السلطنة ، ولكن الملك سلطنة قوية ، والحق سلطنة ضعيفة ، بمعنى : أن صاحب

الحق مالك لشيء يرجع أمره إليه كالملكية الملاك لأملاكهم . وبديهي أن هذا

المعنى أمر آخر وراء اختلاف حقيقة الملك بالشدّة والضعف ، والمكّال والتقصّ نظير اختلاف الألوان والكيفيات بذلك ، وإذن فشان المقام شأن تسمية الرجحان الضعيف - في مبحث الأوامر - استحباباً والرجحان الشديد وجوباً ، وهكذا تسمية المرجوحية الضعيفة - في باب النواهي - كراهة ، والمرجوحية الشديدة حرمة ، وهذا شيء آخر غير كون الاستحباب مرتبة ضعيفة من الوجوب ، وكون الكراهة مرتبة ضعيفة من الحرمة وهذا ظاهر . الوجه الثالث : أنه ثبت في الشريعة المقدسة حرمة التصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه ورضاه . وقد دلت على ذلك السيرة القطعية وحجة من الأخبار ( ١ ) فإذا ارتفعت الملكية والمالّة ، ولكننا شككنا في ارتفاع الحكم المذكور ، فإن الاستصحاب يقتضى الحكم ببقائه .

ولكن يتوجه عليه : أن موضوع الحكم بحرمة التصرف في مال غيره - في السيرة والروايات - إنما هو عنوان مال الغير وعنوان مال المسلم . ومن الواضح أن الشيء إذا سقط عن الماينة سقطت عنه حرمة التصرف أيضاً . لاستحالة بقاء الحكم بعد زوال موضوعه ، بل يرتفع الحكم المزبور وإن كان ذلك الشيء مابقاً على ملكيته ، إذ لم يدلنا دليل على حرمة التصرف في ملك غيره كدلالته على حرمة التصرف في ماله ، وعليه فيسقط الحكم المذكور عن الشيء مع بقائه على صفة الملكية ، وكيف إذا زالت عنه الملكية أيضاً . نعم إذا كان الموضوع في الاستصحاب ذات المال المضاف إلى الغير أعني به المادة والهوى جرى الاستصحاب هنا ، ضرورة بقاء الهوى بعد تبدل الصورة النوعية الأولى بصورة نوعية أخرى .

ولكن يتوجه عليه : أن مثل هذه الموضوعات ليست بأمور عرفية

(١) قد ذكرنا هذه الروايات في الجزء الثاني ص ١٣٨ .

التي يجرى فيها الاستصحاب ، بل هي أمور فلسفية ، ومن الظاهر أن الأحكام الشرعية لا تنبني على التدقيقات الفلسفية

ومن هنا اتضح لك فساد ما ذكره المصنف ، فإنه بعد ما ناقش في الاستصحاب قال : ( إلا أن يقال : إن الموضوع في الاستصحاب أمر عرفي ) .

أضف الى ذلك : أن الاستصحاب لا يجرى في الأحكام السكينة الالهية لمعارضتها دائماً بأصالة عدم الجمل ، وقد حققناه في علم الأصول

الوجه الرابع : دعوى الاجماع على بقاء حق الاختصاص في الاعيان بعد زوال ملكيتها .

ولكن هذه الدعوى جزافية ، لأن إثبات الاجماع التعبدى هنا مشكل جداً ، إذ من المحتمل أن الجميع قد استندوا في ذلك الى الوجوه المروية ، وادن فلا يكون الاجماع - هنا - اجماعاً تعبدياً مستنداً الى رأى المعصوم (عليه السلام)

الوجه الخامس : دلالة المرسلة المعروفة بين الفقهاء (من حار ملك) وقوله (من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) على ثبوت حق الاختصاص في الأشياء التي سقطت عنها المالكية .

والجواب عن هذا الوجه : أن حديث العيازة وإن اشتهر بين الفقهاء ولكننا لم نجد في أصول الحديث للنخاسة والعامة والظاهر أنه قاعدة فقهية متصيدة من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة كاحياء الموات والتحصير وغيرهما

ولو سلساكون ذلك رواية ولكن لادلالة فيه الاعلى ثبوت مالكية المحير للمجاز فلا صلة له بما نحن فيه .

ويضاف الى ذلك أنه مرسل فلا يمكن الاستناد اليه في إثبات الحكم الشرعي أما حديث السابق فيتوجه على الاستدلال به أولاً أنه ضعيف السند

وغير منحبر بشيء .

ثانياً : انه يختص بالمباحات الأصلية ، وبالأموال التي أعرض عنها ملاكها - على القول بجواز اعراض المالك عن ماله - وبسائر الموارد المشتركة بين المسلمين ، بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها - كالأوقاف العامة من المساجد والمشاهد والمدارس والرباط وغيرها - فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم ، وأشغلتها الحاجة التي انصعد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته في ذلك .

وإذا عمناه إلى موارد الحياة فاعلم يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز في المحاز ، ولا يدل على بقاء العلقه بين المالك وملكه بعد روال الملكية . فتحصل أن الحديث المذكور أجني عما يحس فيه مالكية لأن شيئاً من موارده لم يحرز في المقام وعلى هذا فلو حاز أحد ميتة حيوان لأحد وشك في كونها ملكاً له أم لا فإن الأصل عدم صيرورته ملكاً له .

إلا أن يقال : إن موضوع دليل السبق إنما هو الشيء الذي لا يكون مورداً لحق أحد أو ملكه فانه حينئذ يمكن احراز ذلك بالأصل . ولكن دون اثباته خرط القتاد .

والتحقيق : أن حق الاختصاص أمر ثبت بالسيرة الشرعية والعقلانية فانها قائمة على ثبوت ذلك للمالك في أملاكهم التي سقطت عن المالية والملكية بالجهات العارضة ، كالماء على الشط والحيوان المملوك إذا مات ، والأراضي المملوكة إذا جعلها الجائر بين الناس شرعاً سواء ، كان يأخذها من ملاكهم غصباً ويعملها طرائق وشوارع ، كما هو مرسوم البلدان في العصر الحاضر . وقد قامت السيرة الشرعية والعقلانية على المنع عن مزاحمة الأجانب عن تصرف الملاك في أشياء الأمور الزبورية ما لم يعرض عنها ملاكها .



ح ٣ ماهو حكم المصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها ٧٢٩

ومن هنا لومات حيوان أحد ثم احتجى بدعاء نبي أو وصيه ، فإنه لا يتوهم أحد كونه من المباحات الأصلية ، وإن المالك وغيره متساويان فيه ، بل يحكم العقلاء والمنشعة بأن ذلك الحيوان ملك للمالك الأصلي . وكذلك الخل إذا صار خمرأ ثم عاد خلا وهذا واضح لا يحتاج الى مزيد بيان وإقامة برهان .

## ماهو حكم المصوب

إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها ؟

الناحية الثانية : أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره ، ثم أخرجه عن صورته النوعية الأولى إلى الصورة النوعية الأخرى . ثم أرجعه إلى سيرته الأولى ، فهل يضمن بدله من المثل أو القيمة ، أم يجب عليه وقتئذ رد العين المصوبة بنفسها ؟ . ومثال ذلك هو أن يعصب خل غيره مصيرة خمرأ ، ثم انقلبت الخمر خلا . قد يقال بضمان البدل بداهة أن المصوب غير موجود بعينه ، لانعدامه بزوال صورته النوعية ، والموجود ثانياً غيره ، لتحلل العدم بينهما ، ومن البين أن المضمون لا يعاد .

وقد يقال بضمان العين نفسها ، لأن الموجوده بأعين الأول في نظر أهل العرف . والتحقيق : أن - هنا - مسألتين : أحدهما قبل أداء البدل والثانية بعد أدائه . أما المسألة الأولى فالظاهر أنه يجب على الغاصب أداء العين نفسها ، لما ذكرناه مراراً من أن الثابت في النعمة ابتداء إنما هو نفس العين ، فيجب عليه ردها على مالكها ، وإذا تلفت العين انتقل الضمان إلى بدلها من المثل أو القيمة ومن الظاهر أنه إذا عادت العين ثانياً فثبتت الضمان فيها أولى من ثبوتها في بدلها لكونها جامعة لجميع الخصوصيات التي كانت موجودة في العين المصوبة بداهة ولا يفرق في ذلك بين كون العائد عين الأول أو غيره .

أما المسألة الثانية فالظاهر أنها من صفريات ما أسلفناه قريباً من أن العين إذا تلفت وأعطى الغاصب بدلها للمالك سقط ضمانه بنفس العين على وجه الاحلاق وإن رجعت ثانياً الى نظام الوجود .  
والوجه في ذلك : هو أن أدلة الضمان من السيرة وغيرها قد سقطت كلها بمجرد أداء البدل . وليس - هنا - دليل آخر يقتضي الضمان بالعين ثانياً .

## ما هو حكم حق الاختصاص

بعد أداء البدل ؟

الناحية الثالثة : أنك قد عرفت قريباً ثبوت حق الاختصاص في العين التي سقطت عن المالة ، وحررت عن الملكية ، ولا ريب في أن هذا الحق للمالك قبل أن يأخذ البدل من الغاصب . وإنما البحث في أن الحق المزبور هل ينتقل الى الغاصب بعد أداء البدل أم يبقى للمالك فقط ؟ .  
ظاهر المصنف هو الثاني وأيد رأيه هذا بأنه لو صار الخل المنصوب محرراً ثم انقلبت الخمر خلا لوجب رده الى مالكه بلا خلاف في ذلك .  
ووجه التأيد ، أن لزوم رد الخل المزبور الى مالكه ليس إلا من جهة بقاء حقه فيه الذي يسمى بحق الاختصاص

وقد أجاب شيخنا المحقق عن هذا التأيد بأن وجوب رد الخل الى مالكه لا يكشف عن بقاء حق الأولوية فيه ، بل ليس هذا إلا من قبيل عود الملك الى مالكه ، فيكون من باب رد الملك ، لا من باب رد ما يكون للمالك أولى به .  
والمر في ذلك أن الملكية ينسب من الأسباب العديدة - كالارث والبيع والهبة والصلح والحيازة - ومن المعلوم أن هذه الأسباب إذا اقترنت بمانع سقطت عن التأثير ، وإذا ارتفع ذلك المانع أثرت أثرها وعليه فباقتضي

حدوث الملكية - في المثال المزبور - من العقد وغيره باق على حاله ، وليكنه سقط عن التأثير بقاء لافتقارانه بالمانع وهو انقلاب الخل خمرأ ، فإذا زال المانع أثر المقتضى أثره من دون أن يثبت - هنا - حق الأولوية عند سقوط المقتضى عن التأثير - انتهى ملخص كلامه

والجواب عن ذلك : أن الملكية من الأحكام الشرعية وهي غير مسببة عن الموجودات الخارجية ، وإنما هي فعل اختياري للمولى وتابع لسكيفية جعله من حيث السعة والضيق ، وعليه فإسراء أحكام المقتضيات الخارجية والموانع التكوينية إلى الأحكام الشرعية بلا موجب ، بل المتبع في هذه الموارد دلالة الدليل ، ومن الواضح أن الدليل قد دل على أن الخل يملك بالهبة والارث وبمحوهما ، وليكنه إذا انقلب خمرأ خرج عن الملكية وحينئذ فلو عاد إلى حالته الأولى كان الحكم بملكيته للمالك الأول محتاجاً إلى دليل وهو متق في المقام .

## هل يعود البذل إلى الضامن

بعد تمكنه من البذل ؟

٩ - هل الغرامة المدفوعة تعود إلى العارم بمجرد طرو التمكن ؟

ذكر المصنف أنه إذا تمكن العاصب من رد العين المقصورة إلى مالكها وجب عليه ذلك وجوباً تكليفياً فقط ولا تكون عليه عبدة جديدة بالنسبة إلى العين وراء العبدة السابقة التي أفرغها بأداء البذل وإذا أعطاه المالكها الأول عادت الغرامة إلى ملك الضامن ثانياً ، لأنها كانت بدلاً عن السلطنة الفائتة ، والمفروض عودها إلى مالكها برد العين ، ولو تسامح الضامن في دفع العين بعد تمكنه منها لجاز للمالك مطالبتها ، لعموم قوله (ص) : إن الناس مسيطرون على أموالهم ولا يجوز للضامن حبس العين ومطالبته بالغرامة من المالك لأن

البذل انما كان بدلا عن السلطة الفائتة لا عن القدرة على دفع العين فقي ما لم ترجع السلطة لا يكون للضامن حق في مطالبة الغرامة . وإذا تلفت العين قبل دفعها الى مالكها استقر ملك مالكها على الغرامة .

أقول : قد عرفت فيما سبق آخراً : أن الالتزام بصيرورة الغرامة بدلا عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبة المالك العين من العاصب بعد التمكن منها ، فان ذلك التزام بالمتناقضين ، فاذا كان دليل بدل الحيولة ما يقتضى تحقق المعاوضة بينه وبين العين - كدليل ضمان اليد وبخوه - فلا شبهة عندئذ في انقطاع حق المالك عن العين انقطاعا دائماً ، ولا يجوز له أن يطالبها من الضامن في أى وقت من الأوقات .

نعم اذا كان المدرك لذلك ما يقتضى وقوع البذل براء السلطة دون العين وجب على العاصب رد العين على مالكها بمجرد تمكنه منها ، وجاز للمالك أن يطالبه بنفس العين ، لعدم تحقق المعاوضة بينها وبين البذل لكي يمنع ذلك عن وجوب رد العين على مالكها .

ولكنه مع ذلك لا يجوز للمالك أن يتصرف في البذل في فرض جواز مطالبته بنفس العين ، لأننا لو سلمنا كون البذل بدلا عن السلطة الفائتة ، إلا انه بدل عنها حال التعذر من مطالبة العين ، لا مطلقا ، فاذا ارتفع التعذر زالت البدية . ومن ثم إذا حصل التعذر ثم ارتفع قبل أداء البذل لم يكن للمالك مطالبة البذل بلا إشكال .

وعلى ذلك فلا بد من الالتزام برجوع البذل الى ملك العاصب ، وضمان العاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمة .

## ختم البحث في بدل الحيلولة

قوله : ( ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة ) . أقول : غرضه من هذه العبارة أن بدل الحيلولة إنما هو بدل عن السلطة على الانتفاع من العين التي فانت بتعذر العين ، لأنه بدل عن مطلق السلطة حتى السلطة على المطالبة لكي يسقط ذلك - أيضاً - بعد تمكن الضامن من رد العين . ولذا لا يجوز لغير المالك أن يتصرف فيها بمجرد بذل الغرامة وبدل الحيلولة .

وعلى هذا فلا تنافي هذه العبارة مع ما ذكره رحمه الله سابقاً من أن البديل بدل عن السلطة ، فإن مراده في كلا الموضعين هو ما ذكرناه .

ثم إنك قد عرفت أنه على القول بثبوت بدل الحيلولة فإنه لا يثبت إلا في الموارد التي يتعذر الوصول إلى العين ، بحيث لا يتمكن المالك من الانتفاع بها ، وقد تقدم ذلك قريباً . وهذا لا يجري في صورة امتزاج العين بين أخرى ، ضرورة إمكان الانتفاع بها ، عية الأمر كون العين الممزجة مشتركة بين المالكين وعليه فيجب على القاصب إعطاء الأرض للمالك ، لأن الشركة عيب في العين المعصوبة .

ثم إن المناط في ثبوت بدل الحيلولة - على القول به - إنما هو عدم تمكن القاصب من رد العين على مالكها سواء أكان المالك بنفسه متمكناً من ذلك أم لا ، ضرورة أن وضع اليد على مال الغير سبب لثبوت ضمانه على الآخذ ، لقاعدة ضمان اليد ، وإذا تلف وجب عليه بدله الحقيقي من المثل أو القيمة ، ومع ضياعه أو اغترافه في البحر وجب عليه بدل الحيلولة . واذن فتمكن المالك من الوصول إلى ماله لا يرفع الضمان عن القاصب وهذا واضح لا ريب فيه .

## نقل الاقوال حول تصرفات الصبي

قوله : ( المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي ) .  
أقول : المشهور بين أصحابنا رضوان الله عليهم هو بطلان عقد الصبي :  
فمن الشيع في الميسوط والخلاف : أنه لا يصح بيع الصبي ، ولا شراؤه  
أذن له الولي أم لم يأذن .  
وعن الفقيه دعوى الاجماع على ذلك .

وعن العلامة في التذكرة : أن الصبي محجور عليه بالنصر والاجماع ،  
سواء أكان مجزأ أم لا ، وهو محجور عن جميع تصرفاته الا ما استثنى ، كمباداته  
واسلامه واحرامه وتدييره ووصيته وإبصال الهدية واذنه في الدخول على  
خلاف في ذلك .

وعن الشهيد : أنه نسب إلى المشهور بطلان معاملات الصبي .  
نعم عن الشيخ وبعض آخر : أنه يجوز بيع الصبي اذا بلغ عشر سنين .  
أما جواز تصرفه عند العامة فيه تفصيل المذاهب (١) .

(١) الحنفية قالوا : إن الصبي إذا كان غير مجزئ لا ينفذ شيء من تصرفه .  
أما إذا كان مجزئاً فنصرفه على ثلاثة أقسام ، لأنه إما أن يكون ساراً بحاله ضرراً بيناً  
- كالطلاق والعتاق والقرض والصدقة - وإما أن يكون مافياً بيناً - كقبول الهدية  
والدخول في الاسلام - وإما أن يتردد بين النفع والضرر - كالبيع والشراء - أما  
الأول فلا شبهة في عدم موافقه وإن أجازته الولي ، وأما الثاني فلا شبهة في موافقه وإن  
لم يجزه الولي .

أما الثالث فيسقط موقوفاً على إجازة الولي ، وليس للولي أن يجزه إذا كان  
فيه غبن - فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٣ .

وعن المالكية أنه إذا تصرف الصبي المميز ببيع وشراء ونحوها من كل عقد  
فيه معاوضة فإن تصرفه فيه يقع موقوفاً . ثم إن كانت المصلحة في إجازته تبين على -

## بحث في إسلام الصبي

هل يقبل إسلام الصبي ، وأنه يخرج بذلك عن تبعة المومنين الكافرين أم لا ؟ .

قد ذهب إلى هذا الرأي جمع من الأصحاب . وخالف فيه صاحب الجواهر ، حيث أكر توجّه الواجبات العقلية الأصولية على الطفل ، كما أن الواجبات الشرعية لا توجّه عليه ، بل نسب القول بذلك إلى الاجتهاد في مقابل النص ، ثم قال : وأما قبول إسلام على ( ع ) فهو من حواصمه . انتهى ملخص كلامه .

وقد عرفت - في الحاشية - عن الشافعية : أنه إذا نطق ولد الكافر بالإسلام لم ينفع إسلامه .

ولكن الظاهر هو الأول . وذلك لأن الكفر والإسلام أمران واقعيان يصدران من كل ممب وإن لم يكن مالغاً ، ومن هنا يعنون ولد الكافر - الولي أن يحيره ، وإن كانت المصلحة في رده تعين على الولي أن يرده . فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٤ .

وعن الشافعية : أنه لا يصح تصرف الصبي سواء كان ممبراً أو غير ممب ، فلا تعتقد منه عبارة ، ولا تصلح له ولاية ، لأنه مسلوب العبارة والولاية . فإذا نطق ولد الكافر بالإسلام لم يقع إسلامه ، ولو تولى نكاحاً لا ينمقد ، إلا أن الصبي الممير تصبح عبادته ، كما يصح إذنه للغير بدخول الدار - فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٥ .

وعن الحنابلة : أن تصرف الصبي الذي لا يمير مطلقاً . أما الصبي الممير فإنه يصح إذا اذنه الولي . فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٦ .

بنوان أبيه ، ويطلق المجوسي على ولد المجوسي . ويقال النصراني لولد النصراني .  
ويطلق اليهودي على ولد اليهودي . وهكذا كما أنه يطلق المسلم على ولد المسلم .  
ويضاف الى ذلك : أن الاسلام يدور مدار الاقرار بالشهادتين ،  
وبذلك يحرم حاله ودمه . والروايات الدالة على هذا متظافرة من الفريقين (١)

(١) عن سبعة عن الصادق (ع) : الاسلام شهادة ان لا إله إلا الله ،  
والنصديق برسول الله (ص) ، ، ه حقت الدماء ، وعليه حرث الحاكم والمورث  
وعلى طاهره جماعة الناس . اصول الكافي ج ٢ من ط ٢ ص ٢٥  
وعن سفيان بن السمط عن الصادق (ع) : الاسلام هو الطاهر الذي عليه  
الناس شهادة ان لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وان محمداً عبده ورسوله ، وقيام  
الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، وصيام شهر رمضان ، فهذا الاسلام . اصول  
الكافي ج ٢ من ط ٢ ص ٢٤ .

وعن أبي هريرة انه قال رسول الله (ص) : امرت ان اقاتل الناس  
حتى يقولوا : لا إله إلا الله ، قال : لا إله إلا الله عصم مني ماله ونفسه إلا نكحه  
وحسابه على الله . صحيح البحاري باب قتل من أبي قول الفرائض ص ٥٠ .  
وعنه عن رسول الله (ص) قال : اقاتل حتى يشهدوا ان لا إله إلا الله ،  
ويؤمنوا بي ، ويحشوا ، فاداء فملوا ذلك عصموا مني دماءهم واموالهم ، لا يحقها  
وحسابهم على الله . صحيح مسلم باب الأمر بقتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله  
محمد رسول الله . ج ١ ص ٣٩ .

وعن أوس الثقفي ، قال : دخل علينا رسول الله (ص) ونحن في قبة في مسجد  
المدينة ، فأتاه رجل قساراً بشيء لا مدري ما يقول ، فقال (ص) : اذهب قل لهم  
يقتلوه . ثم دعاه فقال : لعله يشهد ان لا إله إلا الله ، واني رسول الله . قال : نعم  
فقال : اذهب فقل لهم برسول الله ، امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا إله إلا  
الله ، واني رسول الله ، فاداء قالوا ، حرمت علي دماؤهم واموالهم إلا يحقها ، وكان  
حسابهم من الله . كثر المال في حكم الاسلام ، طبعة دائرة المعارف العثمانية ج ١ ص ٢٧٥



فإن إطلاق هذه الروايات يشمل البالغ وغيره . إذ لا ينبغي الاشتغال في قبول إسلام الصبي المبين ، والحكم بترتب أحكام الإسلام عليه ، لأن المدارف ذلك إنما هو إظهار الشهادتين ، بل قد يكون بعض الأطفال أقوى إيماناً من أكثر البالغين ، ومتمكناً من الاستدلال على وجود الصانع ، وإرساله الرسل وإنزاله الكتب على نحو لا يتمكن منه إلا الخواص .

نعم لا ترتب الأحكام الالزامية على صفارم وإن كانوا مميزين ، وهكذا طفل المسلم إذا ارتد عن دينه ، وذلك لرفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ، كما ارتفع قلم التكليف عن أولاد المسلمين ما لم يصلوا إلى حد البلوغ .

وعلى الجملة : إن مقتضى الاطلاقات هو الحكم بإسلام الصبي المبين إذا أظهر الإسلام ، كما أن مقتضاها هو الحكم بكفر ولد المسلم إذا أظهر الكفر ، وكان ميّراً . نعم لا يحكم عليه بأحكام الارتداد ، لرفع القلم عنه .

فيل : إن الحكم بإسلام ولد المدلم وكفر ولد الكافر ليس من جهة الاعتناء بإسلام الأول ، ولا من جهة الاعتناء بكفر الثاني ، بل لأجل النجاسة التي هي من المسلمات بين الفقهاء ، ومن محكمات الفقه التي لا تشوبها شائبة خلاف ، بل ادعى غير واحد من الأعلام الإجماع على ذلك .

ويضاف إلى ذلك قيام السيرة المستمرة على ترتب آثار الكفر على أولاد الكفار من الأسر وتلك ونحوها .

على أن ذلك مقتضى جملة من الروايات (١) .

(١) روى وهب بن وهب عن حمير بن عجل ، عن أبيه عبيد الله السلام قال : قال عبي (ع) : أولاد المشركين مع آبائهم في النار ، وأولاد المسلمين مع آبائهم في الجنة . ضعيف بوهب بن وهب .

وعن عبد الله بن سنان ، قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن أولاد ..

والجواب عن ذلك : أن المقدار المتيقن من الاجماع والسيرة إنما هو الطفل غير المميز ، والذي لا يتمشى منه الاسلام والكفر .  
أما ولد الكافر المميز المظهر للاسلام فلا اجماع ولا سيرة على المعاملة معه معاملة الكافر . وكذلك ولد المسلم اذا أظهر الكفر وهو مميز ، فانه لا دليل على المعاملة معه معاملة الاسلام من الحكم بطهارته ، وجوب تجهيزه اذا مات .

أما الروايات المتقدمة فهي لا تتفق ومذهب الامامية ، بديهية أن كل أحد إنما يؤاخذ بعمل نفسه : إن خيراً فخير ، وإن شراً فشر ، فانه تعالى لا يؤاخذ عبداً بمجرد عليه بأنه يعمل المعاصي ، ويرتكب الحيات ، بل لابد وأن يتركه حتى يبلغ ، ويحتج ، ثم يؤاخذ بعمله لكي لا تكون له على الله حجة ، بل تكون لله عليه الحجة البالغة ، ويهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حي عن بينة .

- اشركين يموتون قبل ان يعلموا الخت ؟ قال : كفار والله اعلم بما كانوا عاملين بدخلون مداخل آياتهم . صحيحة .

الخت : الادب والاثم . الفقيه طالعصف ح ٣ ص ٣١٧ . والرواي ج ١٣ ص ١٠٠  
وفي حديث آخر : اما اطفال المؤمنين فيلحقون بآياتهم ، واولاد المشركين يلحقون بآياتهم ، وهو قول الله عز وجل : « يايمان ألحقنا بهم ذريتهم » . رسالة .  
الكافي ج ٣ ص ٢ ط ٢٤٨ والرواي ج ١٣ ص ١٠٠ .

وعن ابي بكر الحضرمي عن ابي عبد الله ( ع ) في قول الله عز وجل :  
« والذين آمنوا واتبعهم ذريتهم » يايمان ألحقنا بهم ذريتهم » قال : قصرت الأسماء عن حمل الآباء ، فألحق الله عز وجل الأسماء بالآباء لتقر بذلك اعينهم . مجبولة بالحضرمي . توحيد الصدوق ، باب في الأطفال ص ٤٠٤ .

ومن هنا قد ورد في روايات كثيرة (١) أن الله تعالى يمتحن الأطفال

(١) عن زرارة ، عن أبي حمزة (ع) قال : سأله هل سئل رسول الله  
(ص) عن الأطفال ؟ فقال : قد سئل فقال : الله اعلم بما كانوا عاملين .

ثم قال : يا زرارة هل تدري قوله الله اعلم بما كانوا عاملين قلت : لا . قال :  
فه فيهم المشية ، انه اذا كان يوم القيامة جمع الله عز وجل الأطفال ، والذي مات  
من الناس في الفترة ( اي مابين رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والشيوخ الكبير الذي ادرك  
الشيء ) (ص) وهو لا يعقل ، والاصم ، والأبكم الذي لا يعقل ، والمجنون ، والأبله  
الذي لا يعقل ، وكل واحد منهم يحتاج على الله عز وجل ، فيبث الله اليهم ملكا من  
الملائكة فيؤجج لهم نارا ، ثم يبيث الله اليهم ملكا يقول لهم : إن ربكم يأمركم ان  
تتلوا فيها ، فن دخلها كانت عليه برداً وسلاماً ، وادخل الجنة ، ومن تخلف عنها  
دخل النار . حسنة ابراهيم بن هاشم . فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨ .  
وعن عبد الله بن سلام مولى رسول الله (ص) قال سألت رسول الله

فلت احبرني ايدي الله عز وجل خلقاً بلا حجة ؟ فقال : معاذ الله . قلت :  
فأولاد المشركين في الجنة ام في النار فقال : الله تبارك وتعالى اولى بهم ، انه اذا  
كان يوم القيامة ، وجمع الله عز وجل الخلائق لفصل القضاء ، يأتي بأولاد  
المشركين ٠٠٠ فيأمر الله عز وجل نارا يقال لها المعلق اشد شدة في جهنم عذابا  
فيخرج من مكابها سوداء مغطاة بالسلاسل والأغلال ٠٠٠ ثم يأمر الله تبارك  
وتعالى اطفال المشركين ان يلقوا اهلهم في تلك النار ، فن سبق له في علم الله  
عز وجل ان يكون سعيداًلقى نفسه فيها ، فكانت عليه برداً وسلاماً ، كما كانت على  
على ابراهيم (ع) ومن سبق في علم الله عز وجل ان يكون شقياً امتنع ولم يلق  
نفسه في النار ، فيأمر الله تبارك وتعالى النار فتلقطه لتتركه امر الله وامتاعه من  
الدخول فيها فيكون تباً لآلئائه في جهنم وذلك قوله عز وجل « فبهم شقي وسعيد »

توحيد الصدوق باب في الأطفال ص ٤٠٠ -

الذين ماتوا قبل أن يبلغوا بالنار . ولا يلحقون بآبائهم غير حجة وامتحان لأنه تعالى لا يعذب خلقاً بلا حجة .

ولو سلمنا موافقة الأحبار المذكورة مع مذهب الإمامية . ولكن لانسل دلالتها على كون أولاد الكفار كفاراً ، وأولاد المسلمين مسلمين من جهة التبعية ، بل مفادها أن مداخل أولاد الكفار مداخل آبائهم في دار الآخرة ، وأنهم يعاقبون معهم في الجحيم ، لأن الله تعالى يعلم أن أولاد الكفار كآبائهم في حيث الباطل ، وسوء السريرة ، وفساد النية ، وارتكاب القبائح ، كما أن أولاد المؤمنين مداخلهم مداخل آبائهم ، لأنه تعالى يعلم أهم كآبائهم في حسن نياتهم ، وصفاء باطنهم ، وصدور الخير منهم . ولا شبهة في أن هذا المعنى غير مربوط بالتبعية المزبورة .

وربما يتوهم : أن حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل ( من ذكره قريباً ) كما يدل على رفع الأحكام الشرعية - كوجوب الصوم والصلاة والحج وغيرها - كذلك يدل باطلاً على رفع الأحكام الأصلية - أيضاً - وعليه فلا اعتبار بكسر الأطلاق ، ولا بإسلامهم .

والجواب عن ذلك : أن حديث رفع القلم عن الصبي إنما يدل على رفع الأحكام الإلزامية عن الصبي امتناعاً عليه ، فلا يشمل إسلامه ، إذ ليس في رفعه منة عليه ، وكذلك كفره فإنه لا يرتفع بحديث الرفع ، فإن الحكم بكفره وبجاسته - مثلاً - موضوع لأحكام إلزامية بالنسبة إلى المكلفين ، ولا ترتفع تلك الأحكام بحديث الرفع .

نعم الأحكام الإلزامية المترتبة على الكفر ترتفع عن الصبي لا بحالة .

والى غير ذلك من الروايات الكثيرة بل المتواترة الدالة على أن الأطفال الذين ماتوا قبل البلوغ يمتحنون بالنار ولا يلحقون بآبائهم بلا حجة وامتحان .

ومن هنا لا يحكم عليه بأحكام الارتداد ، فلا تبين زوجته منه - مثلاً - ما لم يبلغ مرئداً .

وبما ذكرناه ظهر لك : أنه لو ارتد ولد المسلم ثم مات لم يجب تنسيه ، ولا سائر تجهيزاته ، فإياها مترتبة على الاسلام ، والمرئد ليس بمسلم .

هل ترتفع - عن الصبي بحديث الرفع - الأحكام الفرعية التي هي كالأسباب بالنسبة إلى مسداتها - كالنجاسة والجنابة وبحوهما - أم لا .

الظاهر أنها لا ترتفع بالحديث المزبور ، لأن الحكم المرفوع بذلك لا بد وأن يكون مترتباً على فعل الصبي بما هو فعله ، وحيث فلا يشمل ذلك أمثال الأمور المذكورة ، لأنها مترتبة على عنوان خاص . كالنجاسة المترتبة على عنوان الملاقاة ، والجنابة المترتبة على عنوان الوطئ .

وعليه فإذا لاقى بدن الإنسان جسماً نجساً جهلاً لم يمكن الحكم بعدم تأثير النجاسة فيه من ناحية حديث الرفع ، فإن تنجس الملاقى لم يترتب على الملاقاة بما هو فعل الإنسان ، لكن يرتفع ذلك بحديث الرفع ، بل هو مترتب على نفس الملاقاة .

ومن هنا لا يفرق في تحقق النجاسة بين كون الملاقاة بالإرادة والاختيار وبين كونها بالجهل ، أو الغفلة ، أو النسيان ، أو بالقهر .

## هل تصح عبادات الصبي ؟

العبادات إما واجبة أو مستحبة :

أما العبادات المستحبة فلا شبهة في صحتها عن الأطفال لأن أدلتها تشملهم كشمولها للبالغين ، وهذا ظاهر لا شبهة فيه .

وإنما البحث في أنه هل - هنا - تناف بين أدلة المستحبات، وبين ما دل على رفع القلم عن الصبي لكي يقدم الثاني على الأول بالحكومة أم لا ؟ الظاهر أنه لا تناف بينهما . ضرورة أن المراد من رفع القلم إنما هو قلم التكليف ، ومن الين : أنه لا تكليف في المستحبات حتى يرتفع بذلك .

وقد يتوهم : أن المراد من رفع القلم هو رفع الكتانة والجمل بمعنى : أنه لم يكتب عليهم حكم من الأحكام الشرعية ، فالحكومة على حالها .

ولكنه توهم فاسد ، لأنه خلاف الظاهر من دليل رفع القلم عن الصبي لأنه إنما ورد في مقام الامتنان ، ومن الظاهر أنه لا امتنان في رفع المستحبات أما العادات الواجبة فربما يتوهم : أن المرتفع منها بدليل رفع القلم عن الصبي إنما هو الالتزام فقط ، وأما مطلوبيتها فهي ماقية على حالها ، وعليه فتصح عبادات الصبي .

ولكن يتوجه عليه : أن قلم الرفع إنما تعلق بما تعلق به قلم الوضع ، ومن الواضح أن المجهول أمر بسيط غير قابل للتقييد . وكذلك المرفوع . بل قد ذكرنا في محله : أن صيغة الأمر وما في معناها موضوعة لإبرار اعتبار المادة على ذمة المكلف فقط ، وأما الوجوب فانه نشأ من ناحية العقل الحاكم بوجوب إطاعة المولى ما لم يرخص في الترك . فما هو قابل للرفع والوضع شرعا هو نفس الاعتبار ، دون الوجوب المترتب عليه .

والتحقيق : أن يستدل على مشروعية عبادات الصبي بالروايات (١)

(١) عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) عن أبيه ، قال : إنا بأمر صيانتنا بالصلاة إذا كانوا بي خمس سنين ، فمروا صيانتكم بالصلاة إذا كانوا بي سبع سنين ونحن بأمر صيانتنا بالصوم إذا كانوا بي سبع سنين بما أطاعوا من صيام اليوم إن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل ، فإذا غلبهم العطش -

الدالة على الأمر بأمر الصبيان بالصلاة والصوم ، وقد ذكرنا في محث الأوامر من علم الأصول أن الأمر بالأمر أمر بالفعل حقيقة ، إذ الغرض منه ليس إلا تحقق ذلك الفعل في الخارج ، فيكون الأمر بالأمر طريقاً إليه ، إلا أن تكون هنا قرينة حالية أو مقالية تدل على الموضوعية ، ولكنها متفية في تلك الروايات .

ويضاف الى ذلك : أنه ورد في جملة أخرى من الروايات (١) تكليف

- والمرث افطروا حتى يتمردوا الصوم ويطيقوه ، فمروا صبيانكم اذا كانوا بني تسع سنين بالصوم ما استطاعوا من صيام اليوم ، فاذا غلبهم العطش افطروا . حصة إبراهيم بن هاشم . دروع الكافي ج ٣ ص ٢ ط ٢ ص ٤٠٩ والوسائل باب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم ، وباب ٣ من ابواب اعداد المراض . وعن الراويدي ماسده عن رسول الله (ص) انه قال : مروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا ابناء ست سنين .

وعن الحميريات ماسده عن النبي (ص) انه قال : مروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا ابناء عشر سنين . المستدرک ج ١ ص ١٧١ .

(١) عن المصل بن يسار ، قال : قال علي بن الحسين (ع) يأمر الصبيان يجمعون بين الصبر والمناه . دروع الكافي ج ٣ ص ٢ ط ٢ ص ٤٠٩ .

وعن محمد بن مسلم ، عن احدهما في الصبي متى يصلي : قال : اذا عقل الصلاة قلت : متى يفقل الصلاة وتجب عليه ؟ قال : لست سبى . صحيحة .

هذه الرواية محمولة على الاستحباب لما دل على عدم وجوبها عليه .

وعن عبد الله بن فضالة عن الصادق او الباقر (ع) في حديث قال : سمعته يقول : يترك العلام حتى يتم له سبع سنين ، فاذا تم له سبع سنين قيل له : اغسل وجهك وكفئك ، فاذا غسلها قيل له : صل ، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين ، فاذا تمت له علم الوضوء وضرب عليه ، وامر بالصلاة وضرب عليها . -

الصبيان بالصلاة والصوم والحج بغير عنوان الأمر بأمرهم بها ، فندل على مشروعية عباداته .

نعم قامت التريضة الخارجية على عدم إرادة الوجوب من تلك الروايات وهذه القرينة هي الأدلة الدالة على رفع التكليف عن الصبي حتى يحتمل . وإذن فالصبيان مأمورون بالعبادات كالبالغين ، فتكون عباداته مشروعة مستحبة .

## بحث في تصرفات الصبي مستقلاً

يقع الكلام في معاملات الصبي - أعم من العقود والايقاعات - في أربع جهات :

الجهة الاولى - في جوار تصرفاته في أمواله مستقلاً على وجه الاخلاق الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في أنه لا يجوز للصبي الاستقلال في

- وعن اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله ( ع ) قال : اذا أتى على الصبي ست سنين وجب عليه الصلاة ؛ واذا اطاق الصوم وجب عليه الصيام . الوسائل باب ٣ من ابواب اعداد العرائض .

هذه الرواية - ايضاً محمولة على الاستحباب - عرفته قريباً .

وعن ابي بن الحكم قال سمعت ابا عبد الله ( ع ) يقول : الصبي اذا حج به فقد قضى حجة الاسلام حتى يكبر .

وعن زرارة عن احدهما ( ع ) قال : اذا حج الرجل معه وهو صغير فانه يأمره ان يلي ويعزم من الحج ، فان لم يحسن ان يلي ببواعه ، وبطائفه ، ويصلى عنه . الوافي ح ٨ باب ٢٣ حج المملوك والصبي من ٥٢ . والى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المبرورة وغيرها .



التصرفات في أمواله بدون إذن الولي ، ولم يخالف في ذلك أحد فيها نعم ، إلا الحنفية فاتهم ذهبوا الى جواز استقلال الصبي في بعض التصرفات . وقد ذكرنا رأيهم في الحاشية آنفاً .

ويدل على رأينا هذا قوله تعالى : « وابتلوا النكاح حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » (١) .

ووجه الدلالة هو أن الله تعالى سجل اعتبار الرشد في جواز تصرفات الصبي في أمواله مستقلاً بعد تسجيله اعتبار البلوغ فيه ، ومن الواضح جداً أنه لو كان الرشد بوحده كافياً في جوارها بدون إذن الولي لكان اعتبار البلوغ في ذلك قبل الرشد لغواً محضاً ، فيعلم من ذلك أن نفوذ تصرفات الصبي يتوقف على أمرين : البلوغ ، والرشد .

وإذن فالآية الكريمة دالة على المنع عن تصرفات الصبي قبل البلوغ وإن كان رشيداً .

وقد ظهر مما ذكرناه أن ما ذكره المحقق الإيرواني على خلاف الظاهر من الآية واليك نصه : ( لا يبعد استعادة أن المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد من الآية وابتلوا النكاح حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم على أن تكون الجملة الأخيرة استدراكاً عن صدر الآية وأنه مع استيناس الرشد لا يتوقف في دفع المال ولا ينتظر البلوغ وأن اعتبار البلوغ طريق اعتبار اشارة الى الرشد بلا موضوعية له ) .

وقد استدلل بهذه الآية المباركة على نفوذ تصرفات الصبي قبل البلوغ بدعوى أن قوله تعالى : « وابتلوا النكاح حتى اذا بلغوا النكاح » يقتضي أن الابتلاء إنما يحصل قبل البلوغ ، والمراد من هذا الاستثناء اختبار حاله في أنه هل له

تصرف صالح أم لا ، وإنما يحصل هذا المعنى بإعطاء شيء من المال ليتصرف فيه فيرى تصرفه كيف يكون ، فإن أحسن فيه كان راشداً وإلا كان على سفيه . وهذا الاختيار يحصل ماى تصرف من التصرفات الساتغة في نفسها بدليل صحة الاستثناء ، ضرورة أنه يصح أن يقال : وابتلوا اليتامى إلا في التصرف الفلاني ، وإذن فتدل الآية الشريفة على جواز تصرفات الصبي مستقلاً على وجه الإطلاق .

ويرد عليه : أن اختبار الصبي لا يتوقف على دفع ماله إليه ليستقل بالتصرف فيه . بل يمكن ذلك مباشرة البيع والشراء نظارة الولي ، أو بنطارة شخص منصوب من قبله ، أو بمباشرة مقدماتهما ليتصدى الولي إيقاعهما بنفسه وبتعبير آخر : أن الممنوع قبل العلم بالرشد إنما هو إعطاء اليتيم جميع ماله ليستقل بالتصرف فيه ، أما إعطاؤه طائفة من ماله لكي يتصرف فيها تحت مراقبة الولي ونظارته لأجل الاختبار والابتلاء فلا منع فيه بوجه ، بل هذا هو المأمور به في هذه الآية المباركة .

والسر في أن الاختبار لا بد وأن يكون قبل البلوغ هو أنه لو كان ذلك بعد البلوغ لزم حصرهم عن أموالهم في زمان الاختبار ، وهو مناف لقاعدة سلطة الناس على أموالهم ، وسبب لمنع تصرف المالك في ماله بلا موجب . وتدل على ما ذكرناه - من عدم جواز تصرف الصبي في ماله بدون إذن الولي - الروايات الآتية ، فلها تدل على أن أمر الصبي لا يجوز ما لم يبلغ الحلم .

ثم إن المذكور في الآية المباركة وإن كان هو اليتيم إلا أن تعليق جواز دفع ماله إليه على بلوغه ورشده يدل على أن المنع عن دفع المال إليه إنما هو لأجل عدم البلوغ ، وعليه فيعم الحكم غير اليتيم - أيضاً - .

على أن الآية الكريمة تشمل لمن كان له الجسد وليس مات أبوه .  
وكذلك نعم الحكم من كان أبوه حياً - أيضاً - لعدم الفصل جزماً .

## هل يجوز تصرف الصبي مستقلاً

بإذن الولي ؟

الجهة الثانية - في جوار تصرفات الصبي في أمواله مستقلاً مع إذن الولي  
بذلك .

قد ظهر حكم هذه الجهة من الجهة الأولى ، بديهية أن الولي لا يجوز له  
أن يدفع مال الصبي إليه ، ويأذن له في البيع والشراء وأمثالها ، فإن جوار  
ذلك يتوقف على بلوغه ورشده وإلا فهو محجور عليه في التصرف في أمواله

## هل تجوز مباشرة الصبي إجراء العقود ؟

الجهة الثالثة - في صحة مباشرة الصبي العقود أو الإيقاعات في أمواله  
بإذن الولي ، أو يكون وكيلاً من قبله في ذلك ، وعدم صحتها .

لاشكال في أن الآية المباركة لا تدل على عدم جواز ذلك ، فإن الممنوع  
فيها هو دفع مال اليتيم إليه ليكون هو المنصرف فيه باستقلاله ، فلا نعم مادام  
بإشرائهم عقد أو إيقاع في ماله بإذن من الولي .

ومع ذلك فقد يقال : بأن الصبي مسلوب العبارة ، للروايات الواردة في  
عدم نفوذ أمره ، وفي رفع القلم عنه ، وفي كون عمده وخطأه واحداً .

ولكن لادلالة في شيء من هذه الروايات على الرأي المذكور .

وتوصيح ذلك : أن هذه الروايات على ثلاث طوائف :

الطائفة الاولى : الروايات (١) الدالة على أن أمر الصبي لا ينفذ ولكن الظاهر أن هذه الروايات بعيدة عن مقصود المستدل ، لأنها صريحة في المنع

(١) عن حران عن ابي حمزة (ع) انه قال ، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ، ولما تسع سنين ذهب عنها اليتيم ، ودفع اليها مالها ، وجرأ امرها في البيع والشراء . . . والعلام لا يجوز امره في الشراء والبيع ، ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة . ضعيف بيبه المرير العبدي وغيره . فروع الكافي باب حدود العلام والحارية ج ٧ من ط ٢ ص ١٩٧ . والواقي أبواب الحدود ج ٩ ص ٤٦ والوسائل باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات . باب ١٤ من أبواب عقد البيع . وعن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال سأله ابي وأنا حاصر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال حتى يبلغ أشده ، قال . قلت . وما أشده ؟ قال احتلامه . قال : قلت : قد يكون العلام ابن ثمان عشرة سنة ، أو اقل ، أو أكثر ، ولا يحتلم ؟ قال : إذا بلغ وكتب عليه شيء . جاز امره إلا أن يكون سقيماً أو ضعيفاً البحر ج ٢٣ ص ٣٩ .

وعن محمد بن الحسين قال قال ابو عبد الله (ع) إذا بلغت الحارثية تسع سنين دفع اليها مالها ، وجاز امرها في مالها ، وأقيمت الحدود الثامنة لها وعليها . مرسل . الوسائل باب ٢ من أحكام الحجر .

وعن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال : إذا بلغ العلام أشده ثلاث عشرة سنة ، ودخل الأربع عشرة وحجب عليه ما وجب على المتكلمين . . . وجاز له كل شيء . في ماله إلا أن يكون صميماً أو سميماً . حسن ما لحسن بن علي المعروف بابن بنت الياسر . الوسائل باب ٤٤ من أحكام الوصايا . والمستدرک ج ١ باب ٤ من مقدمات العبادات ص ٧ .

وعنه عن الصادق (ع) في حديث . أنه إذا انت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات ، وكننت عليه السيئات وجاز امره إلا أن يكون صميماً أو صميماً . الوسائل باب ٢ من أحكام الحجر .

عن نفوذ أمر الصبي في البيع والشراء وغيرهما ، ومن البين أن الظاهر من عدم نفوذ أمر الصبي المنع عن استقلاله في أمر المعاملة ، وتسلمه عليها نحو تسلط البالغين على أموالهم وشؤونهم ، إذ لا يقال لجري الصيغة فقط : إن أمر المعاملة تحت يده . ومنها لا يجري عليه ما جرى على المتعاملين من الشرائط والأحكام . وبتعبير آخر : أن لفظ الأمر المذكور في هذه الطائفة وإن كان بمفهومه اللغوي شاملاً لأي فعل يصدر من الصبي ، ولكن اسناد إعط (يجوز) - الذي ذكر فيها - إليه ومناسسته له يقتضي أن يراد منه سلطنة الصبي على أمواله ، وتصرفه فيها كيف يشاء ، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون تصرفه فيها باذن وليه ، أو بدونه ، ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغة .

وإذن فالطائفة المزبورة تمنع عن كون الصبي مستقلاً في معاملاته ولو كان ذلك باذن وليه ، وعليه فلا ظهور فيها - بوجه - في سلب عبارات الصبي . بل المعاملة الصادرة من الصبي في أمواله إذا وقعت على نحو استقلاله فيها لم يحكم بفسادها مطلقاً ، لأنه غير مألوف العبارة . فإذا أجازها الولي حكم بصحتها ، لأن العقد المزبور وإن كان صادراً من الصبي حدوداً ، ولكنه عقد للولي بقاء . ومن الظاهر أن عدم نفوذها من حيث صدورهما من الصبي لا ينافي نفوذها من جهة إضافتها إلى الولي .

والى ذلك أشار المصنف ، واليك نصه : ( لكن الانصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف ، لأن الجواز مرادف للمضى ، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة . كما يقال : بيع الفضولي غير ماض ، بل موقوف ) .

والذي يدل على صدق مقالنا من نفس تلك الروايات هو وقوع

الاستثناء في جملة منها بقوله (ع) : (إلا أن يكون منفيهاً أو ضعيفاً .  
 ووجه الدلالة . هو أن السفيه ليس مملوك العبادة ، وإذن فيعلم من  
 الاستثناء أن المراد من عدم نفوذ أمر الصبي فيها إنما هو عدم استقلاله  
 في التصرف .

الطائفة الثانية : مادل (١) على رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل .  
 وقال المصنف : ( وأما حديث رفع القلم فيه أولاً : أن الظاهر منه قلم  
 المؤاخظة ، لا قلم جعل الأحكام ، ولذا بنينا - كالشهور - على شرعية عبادات  
 الصبي ) .

ويرد عليه : أن العقوبة والمؤاخظة - كالمثوبة والاجرة - من الأمور  
 التي لا صلة لها بعالم الجمل بوجه ، بل هي مترتبة على الجمل ترتب الأثر على  
 ذى الأثر وعليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجمل .  
 نعم ترتفع العقوبة بارتفاع منشئها : أعني به التكاليف الإلزامية .  
 ولكنه غير رفع المؤاخظة ابتداء .

أما مشروعية عبادات الصبي فقريبة عن الحديث مالكية ، وإنما هي من  
 جهة الروايات الخاصة ، وقد عرفتها قريباً .

والتحقيق في الجواب أن يقال : إن حديث رفع القلم عن الصبي إنما  
 يدل على رفع الأحكام الإلزامية المتوجهة إلى الصبيان كتوجيهها إلى غيرهم ،  
 فإن هذا هو الموافق للامتنان ، ومن الواضح أن مجرد إجراء الصيغة ليس من

(١) عن ابن طبيان قال : أتى عمر امرأة عجوزة قد رنت فأمر برحمتها  
 فقال علي (ع) : أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتمل ، وعن  
 المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ . مجهول بمحمد بن عبد الله الحضرمي  
 وغيره . الوسائل باب ٤ من مقدمة العبادات . والمحار ج ٣ ص ٨٤ .

الاحكام الالزامية ، ولا موضوعا لها لكي يرتفع بحديث الرفع ، وإعما الموضوع لها هو نفس المعاملة التي أوجدها المتعاملان ، وإذن فاهو موضوع للاحكام الالزامية لم يصدر من الصبي لكي يشمله حديث الرفع ، وما هو صادر منه ليس بموضوع لها . وهذا ظاهر .

وعلى الجملة . إن ارتفاع قلم التكليف عن الصبي لا ينافي الالتزام بصحة العقود والايقاعات الصادرة منه . بل إن رفع القلم عن الصبي لا يدل على أزيد من رفع إزمائه بشخصه مادام صيماً ، فهو لا يدل على رفع إزام البالغين بفعله أو على إزمائه بفعله بعد بلوغه ، كما هو الحال في جنائنه ، أو في إتلاف مال غيره وإلى هذا أشار المصنف في ثالث أجوبته ، وقال : ( لو تسلفنا اختصاص الاحكام - حتى الوضعية - بالبالغين ، لسكر لامانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للاحكام المجهولة في حق البالغين ، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ ) . وإذن فلا دلالة في حديث الرفع على بطلان معاملة الصبي فضلا عن دلالة على سلب عبارته .

ثم ان المصنف قد ذكر في الجواب الثاني : ( أن الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين ، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ ، أو على الولي اذا وقع باذنه أو إجازته ، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ ، وحرمة تمكينه من مس المصحف ) .

ولكنه يناقض ما قد بيى عليه في اصوله من أن الاحكام الوضعية منزعة من الاحكام التكليفية ، واذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفي عن الصبي فلا منشا - هنا - لانتزاع الحكم الوضعي .

الطائفة الثالثة : ما دل على أن عمد الصبي وخطاه واحد ، وهذه الطائفة على ثلاثة أقسام :

- ١ - مادل (١) على ذلك مطلقاً من غير أن يكون مقيداً بشئ .  
 ٢ - مادل (٢) على الحكم المزبور مقيداً بكون دية الجنابة الصادرة من  
 الصبي خطأ على عاقلته .

٣ - مادل على هذا الحكم مع قيد آخر ، وهو رفع القلم عن الصبي ،  
 كرواية أبي البختري ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي ( ع ) : أنه كان يقول  
 في المجنون المعتوه الذي لا يفريق ، والصبي الذي لم يلعب عمدهما خطأ فحمله  
 العاقلة ، وقد رفع عنهما القلم ( ٣ ) .

قيل : إن القسم الأول من هذه الطائفة يدل على عدم الاعتناء بأقوال  
 الصبي وأفعاله ، ضرورة دلالة صحيحة محمد بن مسلم على نزول ذلك منزلة الخطأ

---

( ١ ) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله ( ع ) قال عمد الصبي وخطأه واحد  
 صحيحة . التهذيب ج ٢ ص ٥١١ والوافي ج ٩ ص ٩٨

( ٢ ) عن اسحاق بن عمار عن حمزة عن أبيه ( ع ) : ان علياً ( ع )  
 كان يقول : عمد الصبيان خطأ فحمله العاقلة . صحيفة سيات بن كلوب . التهذيب  
 ج ٢ ص ٥١١ . والوافي ج ٩ ص ٩٨ .

وعن علي ( ع ) : ليس بين الصبي قصاص ، عديم خطأ يكون فيه القتل  
 مجبولة موسى بن اسماعيل . الحمريات ص ١٧٤ . والمستدرك باب ٣٣ من  
 كتاب القصاص .

وعن دهاثم الإسلام عن علي ( ع ) . انه ماقتل المجنون المطلوب على عقله .  
 والصبي فعمدها خطأ على عاقلتها . رسالة .

وعنه عن أبي حمزة ( ع ) : انه قال : وما حسي الصبي والمجنون على عاقلتهما .  
 رسالة . المستدرك باب ٣٣ من كتاب القصاص .

( ٣ ) صحيفة أبي البختري . قرب الاسناد ص ٧٢ . والوسائل باب ٣٦ من  
 كتاب القصاص .



وعليه فلا يعتنى بصيغ العقود والايقاعات الصادرة منه ، كما لا يترتب الاثر عليها اذا صدرت من البالغين نسياناً ، أو غفلة ، أو في حالة النوم ، أو خطأ . ولا تنافي بين هذا القسم ، وبين القسم الثاني والقسم الثالث لسكى يحمل المطلق على المقيد ، بدسمة أنه لا تنافي بين أن يكون عمد الصبي بمنزلة الخطأ في الجنايات ، وبين كون عمده بمنزلة الخطأ في غير موارد الجنايات ، وإذن فلا موجب لرفع اليد عن الاطلاق ، فانه منحصر بالتنافي ، كما قرر في محله . نعم لا يبعد أن يستأنس - بما اشتمل على التقيد - اختصاص الحكم بالجناية فيكون ذلك قرينة على انصراف المطلق اليها .

كما أنه يمكن أن يستأنس ذلك بما ورد (١) في الأعمى من أن عمد الصبي خطأ ولكن مجرد الاستيناس لا يوجب تقييد القسم الأول الذي هو مطلق . والجواب عن ذلك : أن دلالة الرواية على تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه من جميع الجهات إنما تتم اذا كان الظاهر منها هو نفي الحكم بلسان نفي الموضوع بأن يقول الامام (ع) : عمد الصبي ليس بعمد أو كلا عمد . فظهير قوله (ع) : ليس بين الرجل وولده رماً ، وليس بين السيد

(١) عن أبي عبيدة ، قال : سألت أبا حمزة (ع) عن أعمى فقأ عين رجل صحيح متعمداً ؟ فقال : يا أبا عبيدة : إن عمد الصبي مثل الخطأ ، هذا فيه الية من ماله ، فإن لم يكن له مال فإن دبة ذلك على الامام ، ولا يبطل حق مسلم . موثق بهار الساطع .

وعن الحلبي عن الصادق (ع) : الأعمى جانيته خطا تلزم طاقته ، يؤخذون بها في ثلاث سنين ، في كل سنة حجماً ، فإن لم يكن للأعمى طاقته لزمته دبة ما جنى في ماله . مهمل . محمد بن عبد الله . التهذيب ج ٢ ص ٥١٠ و ص ٥١١ والوافي ج ٩ ص ٩٨ و ٩٩ .

وعليه رباً (١) .

وكقوله (ع) : ليس على الامام سهو ، ولا على من خلف الامام سهو ولا على السهو سهو (٢) .

وكقوله (ع) : لا ضرر ولا ضرار (٣) فان الظاهر من أمثال هذه التنزيلات أن المنزل كالمنزول عليه في جميع الآثار ، وعليه فيرتب على عمد الصبي ما يترتب على خطأه .

والسرفي ذلك : أن تنزيل شيء منزلة عدمه لا يقتضي وجود الاثر للمنزل عليه لكي يكون التنزيل باعتبار ذلك الاثر ، بل التنزيل - هنا - باعتبار عدم الاثر ، لأجل أن ما هو عديم النفع ينزل منزلة العدم ، وهذا بخلاف تنزيل أحد الأمرين الوجوديين منزلة صاحبه ، فان ذلك لا يتحقق إلا بلحاظ وجود الاثر للمنزل عليه .

وإذا عرفت ما ظنناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الاطلاق من تلك الروايات لوجود المانع وعدم المقتضى .

أما وجود المانع فلأن الأخذ باطلاقها يخالف لضرورة المذهب ، وموجب لتأسيس فقه جديد ، بدنية أن لازم العمل باطلاقها هو أن لا يبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم ، فان ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم والمفروض أن عمد الصبي خطأ .

وأيضاً لزم من ذلك القول بصحة صلاة الصبي إذا ترك عمداً أجزاءها التي لا يضر تركها خطأ بصلاة البالغين ، وهكذا الكلام في فاحية الزيادة العمدية فيها .

(١) الوافي باب ٥٦ من مجرور له الرباع ج ١٠ ص ٥٥٤

(٢) الوافي باب من لا يسهو ص ١٥٠

(٣) قد تقدم ذلك في ص ٩٣

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبيان اذا اقتصروا فيها بالنية والتكبير للاحرام والركوع والسجدة الواحدة والسلام ، فان ترك ما سوى ذلك خطأ لا يضر بصلاة البالغين ، والمفروض أن عمد الصبي خطأ .

بل يلزم من العمل باطلاق تلك الروايات أن لا تنصح عبادات الصبيان أصلاً ، فان صححتها متوقفة على صدورهما من الفاعل بالارادة والاختيار ، وقد فرضنا أن عمد الصبي خطأ فلا يعقل صدور عبادة صحيحة منه ، ولا أظن أحداً أن يلزم بشئ من هذه اللوازم .

ودعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافية .  
أما عدم المقتضى للاطلاق فلأن تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه على وجه الاطلاق يقتضى أن يكون - هنا - أثر خاص لكل مسهما عمد صدورهما من البالغين ، لكن يكون تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه بلحاظ ذلك الأثر . كما أن الأمر كذلك في تنزيل الطواف منزلة الصلاة في قوله ( من ) الطواف بالبيت صلاة (١) .

ومن الواضح أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلا الجنائيات ، فهاهنا ان صدرت عن الجنائ عمداً فيقتصر منه ، وان صدرت منه خطأ فديتها على عاقلة ، وعلى هذا فيصح تنزيل جناية الصبي عمداً منزلة جنايته خطأ ، فتكون ديته مطلقاً على عاقلة ، أما في غير الجنائيات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً .

نعم قد ثبت أثر خاص لكل من العمد والخطأ في الصلاة وفي ترك الاحرام ، فان من ترك جزء من صلاته عمداً فتمطل صلاته ، وان تركه خطأ

(١) عن ابن عباس قال رسول الله « من » : الطواف بالبيت صلاة ولكن الله احل فيه النطق فمن نطق فلا يطلق إلا بحجر . سنن البيهقي ج ٥ ص ٨٧ .  
ومستدرك الحاكم ج ١ ص ٤٥٩ .

فتجب عليه سجدة السهو .

وأن المحرم إذا صاد حيواناً عمدًا ثبتت عليه الكفارة زائدة على ما إذا صاده خطأ .

ولكن أمثال هذه الموارد خارجة عن حدود الروايات الواردة في تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه ، ضرورة أن الآثار المذكورة إنما اقترنت على الخطأ - في تلك الموارد - إذا صدر من غير الصبي . أما إذا صدر من الصبي ارتفع أثره بمحدث الرفع .

وتعبر أوضح : أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه متقوم بأمرين :  
( الأول ) ثبوت الأثر لكل منهما .

( الثاني ) أن يكون أثر الخطأ ثباتاً لمير الماعل . ولا ريب أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلا باب الجنابات ، وهذا المعنى هو الموافق للذوق الفقاهي .  
وبما يدل على اختصاص تلك الروايات بباب الجنابات قوله ( ع ) في بعضها : عمد الصبيان خطأ ، تحمله العاقلة ، إذ من المعلوم أن العاقلة لا تحمل سجدة السهو ، ولا الكفارة في الحج ، وإنما تحمل الدية في الجنابات ، وادن فلا دلالة في شيء من تلك المطلقات - أيضاً - على كون الصبي ملوب العبارة .

## بحث في ذيل رواية أبي البختري

بقي الكلام في ذيل رواية أبي البختري ، وهو قوله ( ع ) : وقد رجع منها القلم . وقد استظهر المصنف ( ره ) من هذه الجملة دلالتها على كون الصبي ملوب العبارة ، وكون عقده وإيقاعه مع القصد كعقد الحائض والمالط والمأزل وإيقاعاتهم .

وحاصل كلامه : أن هذه القطعة من الرواية لا تتصل بسابقتها إلا

بأحدها علة ثبوت الدية على العاقلة ، أو معلولا لقوله **يُجْزَى** : عمدهما خطأ : بمعنى : أن علة رفع القلم عن الصبي والمجنون هو كون قصدهما بمنزلة عدم القصد في نظر الشارع ، ومن البين أن اتخاذها علة لثبوت الدية على العاقلة أو معلولا لتعريف عمد الصبي بمنزلة الخطأ لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم رفع المؤاخظة عن الصبي والمجنون ، سواء أكانت المؤاخظة دينية أم كانت أخروية ، وسواء أتعلمت للمؤاخظة الدنيوية بالنفس - كالتقصاص - أم تعلقت بالمال - كترامة الدية - وعليه فلا يؤخذ الصبيان والمجانين بأفعالهم وأقوالهم - المصادرة حال الصبوة والمجنون - بعد البلوغ والافاقة ، سواء أكان صدور الأقوال والأفعال منهم - في تلك الحال - بادن الولي أم لم يكن كذلك .

وعلى الحق : إن الرواية وإن وردت في باب الجنابة ، ولكن مقتضى التعليل هو تنزيل قصد الصبي والمجنون منزلة عدمه . وأنه لا اعتبار بشيء مما يصدر منهما قولاً أو فعلاً ، بل هما مسلمان - في عالم الاعتبار - من جهة الفعل والعبارة ضرورة أن ذكر العلة في مورد خاص لا يقتضي اختصاصها به . بل هو من باب تطبيق الكبرى على الصغرى . وإذن فلا محذور لنا في الأخذ بعموم العلة في سائر الموارد أيضاً .

ويتوجه عليه : أنه لا وجه لجعل رفع القلم علة لكون الدية على العاقلة لعدم العلية بينهما لا شرعاً ، ولا عرفاً ، ولا عقلاً ، بل بسبب أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر في جنب الإنسان . والعجب من المصنف ، فإنه قد التزم بثبوت العلية والمعلولية بين رفع القلم عن الصبي ، وبين ثبوت الدية على العاقلة ولكن لم يستوضح المناسبة والسنخية بينهما .

غاية الأمر : أنه ثبت في الشريعة المقدسة : أن دم المسلم لا يذهب هدراً ، ومن الظاهر أن هذا الحكم - مع ما دل على أن عمد الصبي خطأ - يلزم

ثبوت دية الجنابة - الصادرة من الصبي - على عاقبته .

والصحيح : أنه لا ملارمة بينهما - أيضاً - لأن الحكيم المذكورين لا يدلان على ثبوت الدية على خصوص العاقلة ، اذ يمكن أن تكون الدية على جميع المسلمين أو من بيت المال ، أو غير ذلك ، كما أنه لا وجه لجعل رفع القلم معلولاً لقوله عليه السلام : « رفع القلم مخطئاً » ، فان رفع القلم مقوم لتزيل العمد بمنزلة الخطأ . لا أنه معلول له . والتحقيق : أن وجه المناسبة بين قوله عليه السلام : « رفع عنها القلم » وبين قوله عليه السلام : « عدهما خطأ » هو أن تزيل عمد الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين : أحدهما : حكم سلبى ، وهو أنه لا يترتب عليه أحكام العمد ، ولا يلزم الصبي بشيء من أفعاله .

ثانيهما : حكم إيجابى وهو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطأ ، وقد بين عليه السلام الأمر الثانى بقوله عليه السلام : « تحمله العاقلة » ، وبين الأمر الأول بقوله عليه السلام : « رفع عنها القلم » ، واذن فلا دلالة فى هذه الجملة على أن الصبي قد دل عليه قوله عليه السلام : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل (١) » .

ويضاف الى ذلك : أن الرواية ضعيفة السند بأن البخارى ، فلا يصح الاستدلال بها على شيء من المسائل الفقهية .

فتحصل مما ذكرناه : أنه لا دليل على أن عبارة الصبي مطلوبة بحيث لا يترتب على ما أنشأه من العقود والايقات أثر أصلاً .

## هل يجوز كون الصبي وكيلاً عن غيره ؟

الجهة الرابعة : فى جواز كونه وكيلاً عن غيره فى عقد أو إيقاع ولو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أكان الموكل ولياً أم كان غيره . وحيث

فيوقع الصبي العقد أو الإيقاع ولو كان على نحو الاستقلال ، وبدون إذن الولي فضلاً عما إذا أوقعه باذنه أو كان وكلاء في إجراء الصيغة فقط .

والتحقيق : هو نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة ، للمومات والاطلاقات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد ، وذلك لأن الآية المتقدمة لإشعار فيها بعدم الجواز أصلاً فضلاً عن الدلالة عليه ضرورة أن قوله تعالى : ( فان أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم (١) ) كالصريح في أن الإيتراجة إلى تصرفات اليتامى في أموال أنفسهم ، لاي أموال غيرهم .

وعليه فقتضى الأصل هو جواز تصرفات الصبي في مال غيره وكالة عنه فان المنع عن ذلك لا بد وأن يكون بدليل ، ومن المعلوم أن الدليل على المنع إما عدم القول بالفصل بين التصرف في مال نفسه ، والتصرف في مال غيره وإما الأخبار المتقدمة الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ ؛ أما دعوى عدم الفصل فشهدتها على مدعيها .

أما الأخبار فلا دلالة في شيء منها على عدم نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة ، إذ قد عرفت : أن ما دل على رفع القلم عن الصبي ، أو أن عمده خطأ لا دلالة فيه على بطلان عقده أو إيقاعه . وأنه مطلوب العبارة .

فإذا كان صدوره منه وكالة عن وليه ، أو غير وليه ولو كان التوكيل بنحو التفويض والاستقلال - فالعقد عقد للموكل حقيقة ، وحيث إن المفروض أن ما وقع عليه العقد ليس بمال الصغير فلا مانع عن شمول أدلة صحة البيع ونحوه له .

أما ما دل على عدم نفوذ تصرف الصبي وأمره من الروايات المتقدمة فقد يتوهم دلالتها على عدم النفوذ في هذه الصورة - أيضاً - نظراً إلى الإطلاق

ولكن الصحيح هو عدم صحة ذلك أما أولاً : فلاحتماس تلك الروايات باليتم ، وأنه مالم يذهب يتمه لا يجوز أمره ، ولا يدفع اليه ماله ، فهي لا تدل إلا على عدم نفوذ تصرف الصبي في ماله ، دون ما إذا كان في مال غيره باده نعم قد علمنا أنه لا خصوصية لليتم - في الحكم - وإنما ذكر ذلك لأجل أنه هو المورد المتوهم لدفع ماله اليه . فتعدى منه إلى غير اليتم - أيضاً - من الصغار ، أما خصوصية أن موضوع المنع هو تصرف الصغير في مال نفسه فلا مقتضى لرفع اليد عنها .

أما ثانياً فلاجل أننا لو سلمنا الإطلاق فناية ما يستمد منها هو عدم نفوذ تصرف الصبي بما أنه عقده ، وهذا لا ينافي نفوذ ذلك التصرف بما أنه مضاف إلى الموكل ، سواء فيه الولي وغيره

ومن هنا أن الصبي إذا باع ماله ، ثم أجاز له الولي حكم صحة البيع ، لأنه بيع الولي بقاءً .

نعم قد عرفت أنه لا يجوز أن يأذن الولي في تصرف الصبي استقلالاً ، ولا يكون تصرفه ماضياً للمنع عنه في الآية الماركة .

فالمحصل مما ذكرناه : أنه لا مانع من مباشرة الصبي العقد والايقاع في مال نفسه إذا كان ذلك بأذن الولي ، وكان الصبي وكيلاً في إجراء الصيغة فقط كما لا مانع من مباشرته لها على نحو الاستقلال فيما إذا توكل عن أبني من ولي أو غيره .



## هل يؤخذ الصبي باتلافه مال الغير ؟

قوله : ( ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم بعدم مواخذتها ، لاتلاف الحاصل منها ) . أقول : إذا أنصف الصبي مال غيره وجب عليه الخروج من عهده بعد بلوغه ، لقاعدة من أطلب .  
وقد يتوهم عدم الضمان ، لأن عمد الصبي خطأ .  
ولأن قلم التكليف قد ارتفع عنه حتى يحتمل .  
ولكن هذا التوهم فاسد . إذ لاشهادة في شيء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان :

أما الأول فلأن الظاهر : أن تزيل عمد الصبي منزلة خطائه إنما هو في الأفعال التي لا تكون موضوعاً للأحكام الشرعية إلا إذا صدرت من الفاعل بالارادة والاختيار ، ومع القصد والعمد ، لاقى الأفعال التي هي نفسها موضوع للأحكام الشرعية من غير أن يعتبر فيها القصد والعمد : كالجنابة فإنها توجب العسل وإن تحققت حال النوم .  
وكباشرة التجاسات ، فإنها توجب نجاسة البدن وإن كانت المباشرة بغير التفات إلى النجاسة .

وكالاحداث الناقصة للطهارة وإن صدرت جهلاً ، أو غفلة ، أو بغير اختيار ، فإن شيئاً من تلك الأمور لا يتوقف تأثيرها على صدورها بالارادة والاختيار ، ولا ريب في أن اتلاف مال الغير من القليل الثاني ، فانه يجب الضمان وإن صدر حال الغفلة والجهل ، وبدون الارادة والاختيار ، ضرورة أنه لم يؤخذ في قاعدة من أظف عنوان آخر غير صدق الاتلاف .  
ويضاف الى ذلك : ما ذكرناه آنفاً من احتصاص الحديث بما إذا كان

للفعل العمدي أثر ، ولل فعل الخطائي أثر آخر بالنسبة الى غير الفاعل ، فيحكم على فعل الصبي - عندئذ - بحكم الخطأ . ومن الظاهر أن حكم العمديو الخطأ لا يختلف في الاتلاف واذن فلا يكون الاتلاف مشمولاً للحديث .

أما الوجه الثاني فقد عرفت آتياً : أن المراد من دليل رفع القلم عن الصبي انما هو رفع الأحكام الالزامية عنه منذ نعومة أظفاره الى حد بلوغه . وهذا لا ينافي توجه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ . وقد تقدم أن فعل الصبي قد يكون موضوعاً لتوجه الأحكام الالزامية عليه بعد بلوغه .

والسر في ذلك : أن دليل رفع القلم والتكليف قد تعلق بالصبي ، فيدور مدار صبوته . وعلى هذا الضوء فان اتلاف الصبي مال غيره سبب للضمان جزماً ولكنه لا يستتبع الحكم الالزامي الا بعد بلوغه ، واذا بلغ توجه عليه التكليف ووجب عليه الخروج من عهده . لأنه - وقتئذ - يصدق عليه أنه أنلف مال غيره كما يتوجه عليه - عندئذ - وجوب الاغتسال مع تحقق الجنابة منه قبل البلوغ . قوله : ( فاذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت باذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده . وعدم العبارة بانشائه ) أقول : قد عرفت فيما سبق أن أمر الصبي وان كان غير نافذ ولو باذن وليه . ولكنه غير مربوط بسلب عباراته لكي يترتب عليه بطلان انشائه ، بديهية أن معنى عدم نفوذ أمره هو عدم ترتب الأثر على معاملاته . وهذا لا ينافي جواز مباشرة انشاء الصبيغة ، اذ لاصلة بينهما بوجه .

## هل ترتفع تعزيرات الصبيان

بحديث الرفع ؟

قوله : ( ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير ) . أقول : ان كان الغرض

من حديث رفع القلم عن الصبي هو رفع التكاليف الالزامية الثابتة في حق البالغين كما هو غير بعيد فالتعزيرات الثابتة في حق الصبيان خارجة عن ذلك موضوعاً فان تلك التعزيرات لم تثبت في حق البالغين وإنما هي ثابتة في حق الصبيان لحكمة خاصة ، وهي تأديبهم على ارتكاب القبائح ، وصياتهم من اغواء المضلين ، وسوقهم الى تهذيب الأخلاق . فان نموذ الأعمال الشنيعة دام عضال .

وان كان الفرض من الحديث المزبور هو رفع مطلق الأحكام الالزامية فيشمل عمومته لتعزيرات الصبيان أيضاً ولأجل ذلك تورم بعضهم أنها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم .

والتحقيق : أن التعزيرات الثابتة في الشريعة المقدسة ان احذ في موضوعها البلوغ هي ترتفع عن الصبيان لعدم موضوعه . وان احذ في موضوعها الصبا فهي غير قابلة للارتفاع عن الصبيان ، لأن المصلحة الملزمة قد اقتضت ثبوتها في حقهم بعنوان الصبوة ، فلا يقل ارتفاعها عنهم بحديث الرفع ، ولعل تلك المصلحة ارتداعهم عن ركوب القبائح ، وتجنبهم عن ارتكاب المنكرات . وحينئذ فيختص حديث الرفع بما اذا كان التعزير أو غيره من الأحكام الالزامية ثباتاً للطبيعي الجامع بين البالغ والصبي هي ترتفع عن الصبي

## ماهو حكم فعل الصبي المعتبر فيه

قصد الفاعل ؟

قوله : ( عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي ) أقول . ملخص كلامه : أن المتحصل من الأدلة المتقدمة - من الاجماع وغيره - هو عدم الاعتبار بما

يصدر من الصبي من الأعمال التي يعتبر فيها قصد الفاعل إلى مقتضاها . كأنشاء العقود والإيقاعات أصالة ووكالة ، والتصدى للقبض والإقباض ، وكذلك كل ما يلزم به من قبل نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار أو غير ذلك . ثم ساق عبارة العلامة في التذكرة تأييداً لمرامه .

ولكن برده عليه ما ذكرناه قريباً من أنه لا دليل لنا على سقوط فعل الصبي وقوله عن الاعتبار ، بل الدليل إعماله على عدم جواز استقلاله في التصرف في أمواله . وعليه فأى فعل من أفعاله لا يعد في العرف تصرفاً في أمواله استقلالاً لا مانع عن جوازه فيحكم بصحة تحجيريه ، وجيازته ، والتقاطه وصيده ، وإحيائه الموات ، وما شاكل ذلك .

وقد يتوهم أن الأمور المذكورة غير جائزة لأن عمد الصبي خطأ . ولكنه توهم فاسد لما ذكرناه من عدم دلالة الحديث على إلعاء قصد الصبي ، وأنه كعدمه على ما تقدم بيانه .

على أنه يتوقف على اعتبار القصد في هذه الأمور وهو لم يثبت . بل إن مقتضى قوله **يُجْزَى** - مثلاً - أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمرها فهم أحق بها ، وهي لهم (١) هو ثبوت الملكية لنفس الأحياء ، سواء أ قصد المحي التملك ، أم لم يقصده .

## هل يصح قبض الصبي ؟

قد حكى عن العلامة في التذكرة : أنه كما لا يصح تصرفاته اللفظية ، كذا لا يصح قبضه ، ولا يفيد حصول الملك في الهبة

(١) الوافي ج ١٠ باب ١٥٨ إحياء الأرض اموات من ٢١

وهذا المعنى يظهر من المصنف - أيضاً - حيث أنه نقل كلام العلامة تأييداً لمرامه ولم يناقش فيه أصلاً .

ولكن الطاهر أن قبض الصى يفيد الملكية في الهبة وغيرها ، لقيام السيرة على ذلك .

بل مقتضى جملة من الروايات ( ١ ) الواردة في جواز إعطاء الصدقة والكفارة للصبيان هو صيرورتها ملكاً بمجرد القبض .

( ١ ) عن أبي بصير ، قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : الرجل يموت ويترك العيال يعطون من الزكاة ؟ قال : نعم . حسن مراهيم بن هاشم .

وعن أبي حمزة ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال : ذرية الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة والعطرة كما كان يعطى أبوه حتى يبلغوا . ضعيف يعلى بن محمد . الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٥٤٨ . والوافي ج ٦ ص ٢٦ .

وفي قرب الاسناد عن محمد بن الوليد ، عن يونس بن يعقوب ، قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) عيال المسلمين أعطهم من الزكاة فاشترى لهم منها ثياباً وطعاماً وأرى أن ذلك خير لهم ؟ قال : فقال : لأبأس . موثق بأس الوليد . قرب الاسناد ص ٢٤ . والوسائل باب ٧ من أبواب المستحقين للزكاة .

وعن الحلبي ، قال : قلت لأبي الحسن ( ع ) رجل مسلم مملوك ، ومولاه رجل مسلم ، وله مال يركبه ، وللمملوك ولد صمو حر يجري مولاه أن يعطى ابن عبيده من الزكاة ؟ فقال : لأبأس . مجهول محمد بن اسماعيل النيسابوري . الوافي ج ٦ ص ٢٦ . والوسائل باب ٤٥ من أبواب المستحقين للزكاة .

وعن يونس بن عبد الرحمن ، عن أبي الحسن ( ع ) قال : سألت عن رجل عليه كفارة عشرة مساكين يعطى الصغار والكبار سواء ، والرجال والنساء ، أو يفصل الكبار على الصغار ، والرجال عن النساء ؟ فقال : كلهم سواء مجهول . يبج ج ٢ ص ٣٣١ . الوافي ج ٧ باب ٧٥ كفارة اليمين ص ٩٦ .

## هل تنفذ وصية الصبي ؟

قد وقع الخلاف بين الأصحاب في نفوذ أمر الصبي في مواضع شتى :

١ - الوصية .

قال العلامة في القواعد : يشترط في الموصى البلوغ والعقل والحرية ،

فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميزاً في المعروف وغيره .

وهذا الرأي هو المحكى عن السرائر والإيضاح وشرح الإرشاد لفخر

الاسلام وغيرهم .

وعن ظاهر التذكرة واللمعة والنافع والندوس : التوقف .

وعن المقنعة وللرامس والنهاية والمهذب والغنية وكشف الرموز والإرشاد

والروض والكفاية والمفاتيح وأبي الصلاح وأبي علي : أنه يجوز وصية من

بلغ عشرين عاماً في البر والمعروف .

وهذا هو الحق ، للروايات ( ١ ) الدالة على أن الصبي إذا بلغ عشرين

( ١ ) عن عبد الرحمان بن أبي عبد الله ، عن أبي عبد الله ( ع ) إذا بلغ

العلام عشرين سنة حارت وصيته . موثق ما من من عثمان .

وعن أبي بصير ، عن أبي عبد الله ( ع ) أنه قال : إذا بلغ العلام عشرين

فاوصى ثلث ماله في حق حارت وصيته ، وإذا كان أس سبعة عشر فاوصى من ماله

بالبسر في حق جازت وصيته . صحيح .

وعن محمد بن مسلم ، قال سمعت ، عبد الله ( ع ) يقول : إن العلام إذا

حصره الموت فاوصى ولم يدرك حارت وصيته بدوي الأرحام ، ولم تجز للمرءاء صحيح .

الكافي ج ٢ من ط ٢ باب وصية العلام من كتاب الوصايا من ٢٨ . والعقبة ج ٤ من

طبعة المحقق من ١٤٥٠ . وح ٢ التهذيب من ٣٨٤ . وأبو في ج ١٣ من ٢٥٠ .

وعن زرارة عن أبي جعفر ( ع ) قال : إذا أتى على العلام عشرين فانه يجوز

له في ماله ما اعتق أو تصدق أو وصى على حد معروف وحق فهو حائز . صحيح .

ج ٣ هل يتبع قول الصبي في الاذن بدخول الدار ٢٦٧

تجوز وصيته . فتكون هذه الروايات مخصصة للروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي . وهذا ظاهر .

نعم في صحة وصيته للغريباء . إشكال ، وذلك من جهة التصريح بعدم نفوذها في صحيحة محمد بن مسلم .

## هل يتبع قول الصبي في الاذن

بدخول الدار ؟

الثاني : ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه : ( لو فتح الصبي الباب ، وأذن في الدخول عن إذن أهل الدار ، وأوصل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتداد لتسامح السلف فيه ) .

ولكن لا وجه لاستثناء هذين الأمرين من الأدلة المانعة عن نفوذ أمر الصبي أما الأول فلأن جوار الدخول في الدار مع إذن الصبي من جهة حصول الاطمئنان به نوعاً ، فلا صلة له باعتبار قول الصبي في ذلك . والشاهد

- موسى بن بكر . عن المصدر غير التهذيب .

وعن منصور بن حارم عن أبي عبد الله ( ع ) قال . سأله عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سبع جارت وصيته . مجهول بملي بن محمد بن الزبير .

وعن محمد بن مسلم عن أحدهما ( ع ) قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد تنقل ، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم . مجهول بأبي الزبير . ورواه في الكافي في باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢١ يستدين آخرين : أحدهما صيف والآخر موق .

وعن أبي بصير وأبي أيوب عن أبي عبد الله ( ع ) في الغلام ابن عشر سبعين يوصي ؟ قال : إذا أصاب موضع الوصية جارت مجهول بأبي الزبير التهذيب ص ٣٨٥ .

على هذا انه : لو أذن البالغ في ذلك ولم يحصل منه الاطمتنان به حرم الدخول فيها  
أما الثاني فلا أن اتصال الهدية الى المهدى اليه لا ربط له - أيضاً - بما  
ممن فيه ، فان الصبي آله في اتصالها اليه ، كما يصل الهدية الى المهدى اليه بواسطة  
حيوان معلم .

وعلى الاجمال : إن أمثال هذه الموارد خارجة عن العمومات المانعة  
عن نفوذ أمر الصبي خروجاً تخصصياً لا تخصيصياً .

## هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات؟

الثالث : ما عن صاحب المعانيح ، واليك نصه : ( الاظهر جوار يمينه  
وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون دفعا للحرج في بعض الأحيان ) (١)  
وقال المحقق التستري بعد نقل هذه العبارة : ويمكن أن يستأنس لذلك  
- مضافا الى السيرة المستمرة وقضاء الحاجة والضرورة في كل من المعاملة ودفع  
العرض وأخذ منه - بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة  
قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي والمملوك فقال : على قدرها  
يوم اشهد تجوز في الأمر الدون ، ولا تجوز في الأمر الكثير (٢) .

(١) في فقه المذاهب ج ٢ ص ١٦٠ اما الصبي المير ينفذ يمينه ولكن  
لا ينفذ إلا بأذن الولي .

وعن الحاشية : انه يصح بيع الصبي وشراؤه للشيء اليسير ولو كان دون  
القبير ولو لم يأذنه وليه ، لما روى من ان ابا لدرداء اشترى عصفوراً من صبي فارسله .

وعن الشافعية ، انه لا ينفذ بيع الصبي سواء كان مجبراً او غير مجبر .

(٢) التهذيب ج ٢ باب البيعات ص ٧٧ - والواقى ج ٩ ص ١٤٥ .



والجواب عن ذلك : أن استقرار السيرة على معاملات الصبي في الأمور الحقةرة وإن كان غير قابل للإنكار ، ولكنه لا يكشف عن نفوذ معاملاتهم في ذلك استقلالاً ، بل إنما هو من جهة ما ذكرناه في البيع المعاطاة من جريان المعاطاة بين الناس في المحقرات بوضع الثمن في الموضع المعدله وأخذ المتاع بأرائه ومثلنا لذلك بأمثله عراجع . ومقامنا من القليل المذكور ، وإذن فلا وجه لجعل ذلك من المستثنيات من عدم نفوذ أمر الصبي ، إذ لاهنة بينهما بوجه .

وأما الرواية المذكورة فهي غريبة عما نحن فيه ، وإنما هي راجعة إلى باب الشهادة ومن الظاهر أنه لا ملارمة بين قبول شهادته في المحقرات وبين نفوذ معاملاته فيها .

ولو سلمنا قيام السيرة على نفوذ معاملات الصبي في الأمور اليسيرة ، وسلمنا دلالة الرواية على ذلك فلا بد من الالتزام بتخصيص العمومات المأنة عن معاملات الصبي .

ومن هنا لا يقضى العجب من المحقق التستري حيث قال بعد كلامه المتقدم : ( وهذا القول لا يعلو عن قوة إلا أن الأصحاب تركوا العمل بالخبر ، وأما السيرة والضرورة فالتمسك بها في مقابل إطلاق الآية والرواية وتوى الإمامية وغيرهم خروج عن جادة الصواب ، وعدول عن طريق الاحتياط ) .

والحاصل : أنه إن كان المراد من السيرة هو السيرة العقلانية فهي مردوعة بالروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي . وقد تقدمت هذه الروايات سابقاً ، وإن كان المراد بها هو السيرة الشرعية فهي قائمة على كون الصبي آلة لا على صحة معاملاته الصادرة منه استقلالاً ولا أقل من الشك في ذلك . وإذن فلا وجه لنا للحكم بصحة معاملات الصبي ولو في الأمور المحقرة .

وربما يستدل على نفوذ معاملات الصبي مطلقاً أو في المحقرات برواية  
السكوني عن الصادق عليه السلام قال : نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء ،  
فانها إن لم تجد زيت ، إلا أمة قد عرفت بصمة يد ونهى عن كسب العلام الصغير  
الذي لا يحسن صناعة يده ، فانه ان لم يجد سرق (١).

ووجه الاستدلال بها على المقصود هو أن المراد من النهي في الرواية هو  
النهي التزهي ، فيدل على نفوذ معاملات الصبي لا على فسادها .

والشاهد على ذلك أنه لو كانت معاملات الصبي فاسدة لما حصل النقل  
والانتقال بينه وبين غيره . وكان التصرف فيما بيده تصرفاً في مال غيره بدون  
إذنه ، وعليه فكان تعليل الفساد بذلك أولى من تعليله بصنوع السرقة من الصبي  
لأن التعليل بالأمر الذاتي أولى من التعليل بالأمر العرضي

والجواب عن ذلك : أن هذه الرواية ضيقة السند بالنوفلي ، وغير  
منجزة بشيء ، فلا يمكن الاستناد إليها في الأحكام الشرعية .

ويضاف إلى ذلك : أن المراد من كلة (كسب) المضافة إلى كلة (الغلام)  
في الرواية إما المعنى المصدري ، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر  
وعلى الأول فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف : أعنى به مباشرة  
الصبي التجارة عند احتياج وليه إلى ذلك ، إلا أن هذه المباشرة ليست مباشرة  
استقلالية ، بل مباشرة نعية ، وأن الصبي - وقتئذ - بمنزلة الألقوليه في إيجاد  
المعاملة بينه وبين المشتري . وقد تعارف هذا المعنى في الخارج كثيراً ، إلا أن  
الامام عليه السلام قد نهى عنه تزويهاً معللاً بأنه إذا لم يحصل من تجارته شيء سرق  
مخوفاً من وليه .

(١) المروية في الوسائل في «ب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به .

والقرينة على هذه الدعوى : قوله ( **يُجِزُّ** ) في صدر الرواية : نهي رسول الله ( ص ) عن كسب الاماء ، فانها ان لم نجدت ، مع انه لاشبهة في نفوذ كسب الامة باذن مولاهما .

ويؤيد ما ذكرناه : أن النبي ( ص ) قد قيد النهي عن كسب الامة والعلام بعدم معرفتهما صناعة اليد ، فانه مع العلم بذلك لا يقع الصبي على السرقة ، ولا أن الامة تقع على الزنا ، لانه - وقتئذ - يتنى ما يوجب السرقة والزنا : أعنى به الفقر ، ضرورة أنها متمكنان من تحصيل المال .

وعلى الثاني فالمراد من كسب العلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط ، أو الاستطعام ، أو الحيازة من المباحات الاصلية ، كما أن المراد من كسب الامة على هذا الاحتمال ما يتحصله باحدى الطرق المذكورة .

وعليه لحكمة النهي عن كسب العلام صيانته عن الاسترقاق من الناس كما أن حكمة النهي عن كسب الامة بحمايتها عن الفجور .  
وحجتك فلا دلالة في تلك الرواية على نفوذ معاملات الصبي .

## هل يصح طلاق الصبي المميز ؟

الرابع : طلاق الصبي المميز

قد وقع الخلاف في

- (١) يشترط في المطلق أن يكون ذكراً ، فلا يقع طلاق الصغير الذي لم يبلغ ولو سراً حقاً بغيره ، ولا يحسب عليه طلاقه حال الصغر مطلقاً ولو كبر .  
بمع الحاشية قالوا : يقع طلاق صغير الذي يعرف معنى الطلاق وما يترتب عليه من تحریم زوجته ولو كان دون عشر سنين ، وصح أن يوكّل غيره بأن يطلق عنه ، كما يصح للمير أن يوكّله في الطلاق . فقه المذهب ج ٤ ص ٢٨٥ .

فذهب جمع من أصحابنا القدماء والمتأخرين الى صحته .

وذهب المشهور من متأخريهم الى فسادہ .

ومشأ الخلاف في ذلك انها هو اختلاف الروايات .

وقد يقال : إن جملة منها تدل على نفوذ طلاقه ، وجملة أخرى

منها تدل على عدم نفوذه ، وبعد تعارض كلتا الطائفتين ونساقطهما يرجع الى

العمومات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي حتى يحتمل .

والتحقيق : أن الذي ظهر لي من النظر في الروايات أن الأحبار الواردة

في طلاق الصبي على أربعة أمحاء :

منها ما دل (١) على نفوذ طلاق الصبي .

ومنما ما دل (٢) على عدم نفوذه

(١) عن سماء قال : سألت عن طلاق العلام ولم يحتمل وسدقته ؟ فقال

إذا طلق السنة ووضع الصدقة في موسمها وحفها فلا بأس وهو حائز . . موثق

بساعة وغيره . العقیة ج ٣ من طبعة المجمع باب طلاق العلام ص ٣٢٥ . والكافي

باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ . والتنبيه ج ٢ ص ٢٧٠ .

(٢) عن أبي الصالح الكسائي ، عن أبي عبد الله (ع) قال ليس طلاق

الصبي بشي . صحيح .

وعن أبي بصير ، عن أبي عبد الله (ع) قال : لا يجوز طلاق الصبي ، ولا

السكران موثق ، ساعة وغيره . الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق الصبي ص

١٢٤ .

وعن زكريا بن آدم ، قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن طلاق السكران والصبي

والمتوهم والمعلوب على عقله ومن لم يتزوج بعد ؟ فقال : لا يجوز . مجهول بمحمد

ابن سهل . الوافي ج ١٢ باب طلاق الصبي ص ١٦٧ .

ومنها مادل (١) على نفوذه اذا عقل .

ومنها مادل (٢) على نفوذه اذا بلغ عشر سنين .

وحيث لا يَحْتَمَلُ أن يكون طلاق من بلغ عشرأ ولم يعقل صحيحاً فلا بد من تقييد مادل على نفوذ طلاق الصبي اذا عقر بما دل على نفوذ طلاقه اذا بلغ عشرأ وبذلك يقيد مادل على عدم النفوذ بغير من بلغ عشرأ ، وعليه فيرتفع التعارض .

ولو سلمنا التعارض ، ولكن لا بد من تقديم روايات النفوذ . لأنها مخالفة لأكثر العامة .

(١) عن ابن بكير عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز طلاق الملام . اذا كان قد عقل ، ووصيته وصدقته وإن لم يحتمل . موقوف بابن بكير . فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق الصبيان ص ١٢٤ . والرواي ج ١٢ باب ١٧٥ طلاق الصبي ص ١٦٦ (٢) عن ابن ابي عمير عن سمس رحاله عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين . مرسل . فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ . والرواي ج ١٢ ص ١٦٦ .

وعن محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن احمد بن محمد ، ومحمد بن الحسين جميعاً عن اس فضال ، عن ابن بكير عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين . موقوف بابن بكير . التهذيب ج ٢ باب طلاق الصبي ص ٢٧٠ . والوسائل باب ٣١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرايطه . قال سيدنا الاستاد : إن هذه الرواية وإن كانت غير موحودة في نسخة الكافي ، إلا انه يَحْتَمَلُ أن يكون السقط من الساخ ، وقد اخرجها الشيخ ، وصاحب الوسائل من السخفة التي كانت هي موحودة فيها . ولكن الطاهر ان هذه هي رواية ابن ابي عمير المتقدمة وان هذا السند لحديث آخر المذكور قبلها ، وكان السقط من الساخ ، كما يظهر من ملاحظة الكافي .

ثم انه يظهر من روايتي السراة والكناسي (١) أنه يجوز طلاق العلام  
 البالغ عشر سنين اذا أقر بذلك وأمضاه بعد اللوغ .  
 ولكن لا يمكن العمل بهما :

أما رواية السراة فهي رواية الفقيه عن محمد بن موسى المتوكل ، وهو  
 لم يثبت توثيقه من القدماء ، نعم وثقه العلامة في رجاله ، إلا انه اجتهد به  
 وهذا ظاهر .

أضف الى ذلك : أنها مخالفة للاجماع القطعي ، فان الفقهاء بين قائل  
 بالصحة ، وبين قائل بالفساد ، واذن فلا واسطة بينهما .

(١) الحسن بن محبوب السراة ، عن ابن رئاب ، عن ابن مسكان ،  
 عن الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) العلام له عشر سنين فزوجه ابوه  
 في صفره ، انجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال : فضل : اما الترويج  
 صحيح ، واما طلاقه فيمنعي ان نحس عليه امراته حتى يدرك فيمضيه كان قد  
 طلق فان أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة مائة وهو حاطب من الخطباء ، وإن  
 أنكر ذلك وإني ان يمضيه فهي امراته الحديث . الوافي ج ١٢ باب ١٧٥  
 طلاق الصبي ص ١٦٦ .

وعن يزيد الكناسي ، عن أبي حمزة (ع) في حديث تزويج الأب  
 ابنته أو أمه - قال قلت له : جعلت فداك فان طلقها في تلك الحال ولم يكن  
 ادرك انجوز طلاقه ؟ قال : إن كان معها في العرج فان طلاقه حائز عليها وعليه  
 وإن لم يسها في العرج ولم يقد معها ولم تلد معها فليس يترتب عليه وتفسير إلى أهلها فلا  
 يراه ولا تقربه حتى يدرك النساء ، فيسأل ويقال : إنك كنت طلقته امرأتك -  
 فإلا فان هو أقر بذلك وأجار الطلاق كانت مطلقة مائة وكان حاطباً من الخطباء  
 التهذيب ج ٢ باب أولياء الصبيان ص ٢٢٢ . والوافي ج ١٢ ص ٦٥ .

أما رواية الكناشي المفصلة بين الدحول وعدمه فهي - مع أنها أيضاً لا قائل بمضمونها - ضعيفة السند ، لأن الكناشي لم يثبت توثيقه .

## هل يعتبر في صحة العقد القصد

إلى مدلوله ؟

قوله . ( مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به ) . أقول : قد انفقت كلمات الأصحاب رضوان الله عليهم على هذا الشرط حتى أرسلوه في كتبهم الفقهية لإرسال المسلمات ، ولذا لم ينقل الخلاف - ها - من أحد ، بل في التذكرة ادعى الإجماع على ذلك .

ولا يخفى عليك : أن الفقهاء وإن أصابوا في أصل اعتبار القصد في العقد ، إلا أنهم قد أخطأوا في أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد بل إنما هو من مقوماته بحيث لا يتحقق مفهومه بدون القصد

وتوضيح ذلك إجمالاً : أنا ذكرنا في المباحث السابقة أن البيع - مثلاً - ليس عبارة عن الإنشاء الساذج ، سواء أكان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ - كما هو المعروف بين الأصوليين وغيرهم - أم كان عبارة عن إظهار أمر نفسي بمرور - كما هو المختار عندنا - .

ولأن البيع عبارة عن مجرد الاعتبار النفسي من دون إظهاره في الخارج بمرور ، وإلا لزم تحققه بمجرد اعتبار البائع ملكية ماله لشخص آخر بإزاء الثمن وإن لم يظهر اعتباره بظهور خارجي ولا ريب أن كل ذلك يدهي البطلان .

بل حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار العسافي المظهر بمرز خارجي ، سواء أ أمضاه العرف والشرع أم لا ، وسواء أ كان في العالم شرع وعرف أم لا وهكذا الكلام في سائر الامور الانشائية برمتها من العقود والايقاعات والأوامر والثوامي وغيرها ، وإذن فلا يوجد أى عقد أو إيقاع إلا بالقصد الذى هو فعل نفساني مع اظهره بمرز خارجي ، وإذا انتفى أحدهما انتفى الآخر فان المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه .

أما ما أفاده صاحب المسالك من عدم تحقق القصد في المقدر الصادر من المكروه أو الفضولي فسيأتي فساد في أول بيع المكروه .

## هل يعتبر تعيين المالك في صحة البيع ؟

هل يعتبر في صحة البيع تعيين المالك ، وهل يلزم ذلك على المتبايعين ؟ تارة يقع الكلام في المعاملة بالأعيان الشخصية ، واخرى في المعاملة بالامور الكلية : بأن يكون المبيع أو الثمن كلياً .

أما الجهة الاولى فلا شبهة في أن تعيين المالك ليس من مقومات البيع ولا من شرائطه ، بداهة أن البيع اعتبار بتبدل شيء بشيء في أفق النفس واظهاره بمرز خارجي من اللفظ وغيره . ولا ريب في أن هذا المعنى يتحقق بدخول العرض في ملك من خرج عن ملكه المعروض وبالعكس ، بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن ، أو تعيين مالك المشتري ، ولم يقدّم دليل تعبدى على ذلك . ولا يفرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين وبين صدوره من غيرهما - كالوكيل والولي والفضولي - وعلى هذا الضوء فالقصد الى العرض وتعيينه ينفي عن القصد الى المالك وتعيينه . .



نعم يعتبر في مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض في ملك من خرج الموضع عن ملكه وبالعكس ، والا فلا يصدق عليه البيع ، ضرورة أنه ليس الاتديل بشيء بشيء في جهة الاضافة ، وعليه فلو اشترط على التائع دخول الثمن في ملك الاجنبي أو اشترط على المشتري دخول المبيع في ملك غيره كان ذلك موجباً لبطلان المعاملة . لكونه على خلاف مقتضى المقد .

نعم لو كان ذلك من قبيل الفوائد المترتبة على المقد لما كان الاشتراط ، أو القصد المزبورين من الامور اللاغية .

ومثال ذلك أن يشتري أحد من الخباز خبزاً ويشترط عليه أن يعطيه للفقير ، أو يتصدق هو بنفسه الاعطاء له ، فان الخبز يدخل في ملك المشتري بالشراء وان كان ينتقل بعد ذلك الى الفقير بهته ونحوها .

ثم لا يخفى عليك : أن ما ذكرناه من عدم اعتبار تعيين من يقع له المقد في صحة البيع انما يجري في كل عقد لا يكون القصد الى المالك وكنا من أركان العقد ، والا يبطل المقد بعرائه عن ذلك . كالزوجين في عقد الزواج ، فانهما بمنزلة العوضين في البيع ، ضرورة عدم حصول العرض بصيرورة المرأة زوجاً لرجل مبهم . وعدم صيرورة الرجل زوجاً لامرأة مبهم . وكذلك الموقوف عليه والموهوب له والموصى له والوكيل ، فانهم من الأركان في الوقف والهبة والوصية والوكالة ، فلا ينعقد شيء منها بدون القصد الى هؤلاء ومن غير تعيينهم أما الجهة الثانية فالكلية انما هو كلى لا يمكن بيعه في مقام الثبوت الا باضافته الى ذمة خاصة من النعم ، اذ البيع - كما عرفته عند البحث عن تعريف البيع - تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة . ومن البين الذي لا ريب فيه أن الكلى انما هو كلى غير مصاف الى أحد لكي يكون تبديله شيء من قبيل تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة .

أضف الى ذلك أن الكلي مالم يصف الى دمة شخص لا يكون مالا ، ولا ملكا ، واذن فلا تقع المبادلة بين المالين . ولا يقاس ذلك بطلاق روج من الأزواج . أو بتاتق مملوك من المالك ، لصحة تعلق الطلاق والعق بالجامع وهو عنوان احدى الزوجات ، أو أحد العبد ، وعليه فيستخرج الواقع بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشتبّه . هذا كله في مقام الثبوت .

أما في مقام الاثبات فلا ريب في اضافة الكلي الى البائع وانتساب البيع اليه بمجرد تكلمه بصيغة بيع ، لانصراف الاطلاق الى المنشئ . انصراف عقلائياً لأن فعل كل فاعل ينسب اليه ، وبحكم بوقوعه عنه مالم ينصب قرينة حالية أو مقابلة على خلافه .

وقد اتضح لك مما تلوماء عليك وقوع الخلط بين مقامى الثبوت والاثبات في كلام شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر بحثه : ( وأما اذا كان أحدهما كائناً فان كان الشخصى ملك شخصه وجب تعيين من يقع الكلي في ذمته ، وأما لو انعكس فلا يجب التعيين . وذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلي بدمة نفسه ، لأن دمة الغير يحتاج الى التعيين ، والا انصرف الى النفس حتى فيما لو كان وكلاً عن الغير ) .

## هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد؟

هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد إثباتاً مناه على اعتبار قصده ثبوتاً بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له والمشتري عالماً بالبائع ؟ .  
يقع البحث هنا في جهات شتى ، وقد تعرض المصنف لبعضها وأغفل التعرض لبعضها الآخر .

الجهة الاولى : في أنه اذا كان من له العقد مقصوداً للتعاقدين ، ولم يتعين في مقام العقد للآخر فالظاهر أن يحكم بصحة العقد ، لأن قصد المالك لباً وان كان ركناً في العقد ، كما هو المعروف ، ولكن تعيينه للطرف في المعاملة ليس بركن فيه ، للحصول الفرض الأقصى مع ابهامه . أيضاً - في مقام الاثبات وعليه فيصح أن يتوجه الموجب الى القابل ، ويحاط به بقوله : بعثك من الحنطة بلا تصريح باسم من تكون الحنطة في ذمته ، وانما يصرح باسمه بعد تمامية العقد .

أو يقول : وهت هذا المال لمن قصده ، ثم يبين الموهوب له .  
أو يقول : روجت المرأة المعهودة عندي ، ويعينها بعد تمامية عقد الزواج . وهكذا الكلام في ناحية القبول .

والوجه في ذلك هو أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبار التبديل بين شيئين وحقيقة الهبة عبارة عن اعتبار ملكية المير الموهوبة للمتهب ، وحقيقة الزواج عبارة عن اعتبار عدلية أحد الزوجين الآخر ، ولا شبهة في تحقق تلك الحقائق بالصيغ المذكورة ، ولا يعتبر فيها معرفة الموجب لمن هو مقصود القابل ولا معرفة القابل لمن هو مقصود الموجب ، بديهية أن خصوصيات الأشخاص وان كانت دخيلاً في الأغراض الشخصية ، ولكنها غير دخیل في حقيقة العقود ، ولا في صحتها .

الجهة الثانية . أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص ، وقصد القابل وقوعه لغيره ، والظاهر أنه لا ريب في بطلان ذلك ، لأن ما أنشاء الموجب لم يتعلق به القبول ، وما يتعلق به القبول لم ينشئه الموجب ، سواء في ذلك أن يكون من له العقد ركناً فيه - كالنكاح وما حذا حذوه ، وما لم يكن كذلك كالبيع وما تلا تلوه .

والسر في ذلك ما عرفته قريباً من أن العقود عبارة عن الاعتبار النفساني المقرون بالمظهر الخارجي من اللفظ وغيره ، فيانعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقة العقد .

ثم لا يخفى عليك : أن البحث في هذه الجهة من صفريات البحث عن اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول ، وقد تقدم في محله أنه إذا لم يرد الإيجاب والقبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعة للآخر حينئذ فلا تتحقق المعاقدة بين المتعاقدين بل يكون - ها - أما أن لا يتصل أحدهما بالآخر

الجهة الثالثة : هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب وقبوله لغيره مع عدم علم الموجب لذلك أو اسناد الإيجاب إلى نفسه في ظاهر الكلام وقصد وقوعه من غيره مع عدم علم القابل لذلك ، للمسألة صورتان .

الأولى : أن يعلم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتعاملين كما هو الحال في غالب البيوع والأجارات ونحوها ، ففي مثل ذلك لا يعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقفاً ، فلو قال بعتك هذه الدار تكذا ثم انكشف أن المشتري كان وكيلًا لم يضر ذلك بالتطابق وبصحة العقد .

الثانية : أن يعلم من الخارج إرادة خصوص المخاطب ، كما في النكاح والوقف والوصية ونحوها ، ففي مثلها لا بد من اعتبار ذلك ، فلو قال زوجتك فلانة وقبل المخاطب لغيره بطل النكاح بلا إشكال ، لعدم المطابقة بين الإيجاب والقبول

الثالثة : أن لا يعلم من الخارج لإرادة الخصوصية ، ولإرادة علمها ، فالظاهر في هذه الصورة أنه لا بد من الاعتبار ، كما اختاره المصنف قدس سره وذلك لعدم احراز التطابق المعتبر في صحة العقد فيها إذا قصد المخاطب شخصاً آخر مع عدم إعلام ذلك لطرف العقد ، فإذا لم يعلم أن الموجب - مثلاً - قصد تمليك ماله للأعم من المخاطب وغيره لم يجوز للمخاطب قبول التمليك لغيره .

## بحث في عقد المكره

قوله : ( مسألة ومن شرائط المتعاقدين الاختيار ) أقول : الفارق بين هذه المسألة والمسألة السابقة هو أن الكلام - هناك - مسوق لاعتبار قصد المعنى في العقود ، إذ الإخلال به يوجب الإخلال بمساوین العقود كما عرفت آنفاً . بخلاف المقام ، فإن البحث - هنا - في لزوم كون القصد ناشئاً من الاختيار وإذن فالمسألتان متغايرتان .

ثم إن المراد من الاختيار الذي نبحث عن اعتباره في العقد - هنا - هو صدور الفعل من العاقد عن الرضاء وطيب النفس مقابل الكراهة وعدم الرضاء لا الاختيار مقابل الجبر والالجام ، وإلا لكان عقد المكره محارباً عن العقد موضوعاً ، لخلوه من القصد المعتبر في حقيقة العقد .

ثم إنه قد جرت عادة الفقهاء على البحث عن عقد المكره في كتاب الطلاق ولعله لو ردد الروايات الكثيرة على بطلان طلاق المكره . وإلا فلا اختصاص لذلك بالطلاق .

إذا عرفت ذلك فاعلم : أنه اتفق الأصحاب على بطلان عقد المكره أما عند العامة فلا يصح بيع المكره (١) .

(١) الحاشية - قالوا : يشترط في البيع أن يكون العقدان مختارين طاهراً وباطلاً ، فإذا كانا مختارين في الطاهر فقط كأن اتفقا على بيع عين لأحدهما فراراً من ظالم يريد اغتصابها . فإن هذا البيع يقع باطلاً ، ولا ينعقد ، لأنها وإن تعاقدا باختيارها طاهراً ، ولكنهما في الباطن لا يريدان هذا البيع ، ويسمى -

ولا إطلاقه (٢) على تفصيل في المذاهب .

بيع الثلثة والأمان .

أما إذا باع شيء فراراً من ظالم ومخوف من غير أن يتفق مع المشتري على أن  
إن هذا يبيع تلبية وإمانة فإن البيع يقع صحيحاً ، لأنه صدر من غير إكراه في  
هذه الحالة .

الحنفية - قالوا : إن كل عقد يكره عليه الشخص يفسد ، لأن الفسادة  
عندم في المكروه أن كل ما يكره على النطق به يفسد . . فإذا أكرهه ظالم على بيع  
ملكه ، فإن البيع يفسد فاسداً ، وبما يكره المشتري ملكاً فاسداً والمكروه أن يجز  
البيع بعد زوال إكراهه ، وله أن يسترد المبيع حيث وجدها .

الشافعية - قالوا : يبيع المكروه لا يفسد رأساً إلا إذا قصد إبطال العقد  
ونواه حال الإكراه ، فإنه في هذه الحالة لا يكون مكرهاً .

المالكية - قالوا : الإكراه الذي يجمع عاود البيع هو الإكراه بنهر حق

فقه المذاهب ج ٢ ص ١٦١ .

(٢) الحنفية - قالوا : طلاق المكروه يقع خلافاً للأئمة الثلاثة ، فلو أكره  
شخص آخر على تطليق زوجته بالصرب أو السج أو أحد المال وقع طلاقه .

المالكية - قالوا : لا يقع الطلاق على المكروه . . حتى لو أكره أن يطلق  
طليقة واحدة فأوقع أكثر فإنه لا يبرمه شيء ، لأن المكروه لا يملك نفسه كالجحور  
الشافعية - قالوا : طلاق المكروه لا يقع بشروط : أحدها أن يهدده بالإيذاء  
شخص قادر على تنفيذ ما تهدده به طاملاً .

ثانيها : أن يعجز المكروه عن دفعه بهرب أو استئانة بمن يقدر على دفع

الإيذاء عنه .

ثالثها : أن يطرأ المكروه أنه إن امتنع عن الطلاق يلحقه الإيذاء الذي تهدده به .

## هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى ؟

قبل الاستدلال على المقصود يحسن لنا التمرس لما ذكره في المسالك من أن المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ ، لا إلى معنى ملوله . وقد أشرنا إليه في مطلع المسألة السابقة . ووعدنا لك - هناك - التمرس له في هذه المسألة - وهنا - موعده .

وربما يستظهر رأى صاحب المسالك من كلام العلامة - أيضاً - في التحرير من أنه لو أكره الزوج على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوعه ، إذ لا إكراه على القصد .

ولكنه لا وجه صحيح لهذا الاستظهار ، فإن الظاهر من العلامة هو التفصيل في المكره بالفتح بين المتمكن من التورية ، وبين غير المتمكن منها بأنه إن كان - رابعها : أن يكون الإكراه بحق ، فإذا أكره على الطلاق بحق فإنه يقع . خامسها : أن لا يظهر من المكره نوع اختيار ، كما إذا أكره على أن يطلقها ثلاثاً فطلق واحدة .

سادسها : أن لا يسيء الطلاق ، فإن بوءه في قلبه وقع ، أما التورية فإنها غير لازمة .

الخاتمة - قالوا : طلاق المكره لا يقع بشروط : أحدها أن يكون بغير حق ثانياً : أن يكون الإكراه بما يؤلم . ثالثها : أن يكون المهدد قادراً على فعل ماهدد به . رابعها : أن يغلب على طعن المكره أنه إن لم يطلق يقع به الإيذاء . خامسها : أن يكون طاعراً عن دفعه ، وعن الحرب معه . فقه المذاهب ج ٤ ص ٢٨٤ -

الزوج قادراً على التوبة وطلق زوجته من غير أن يورى في إنشائه فيحكم بصحة طلاقه ، وإن لم يكن قادراً عليها وطلق زوجته - وقتئذ - فيحكم بفساد طلاقه . ومن البين أن هذا المعنى غير مربوط بما تضمنه كلام الشهيد الثاني في المسالك .

وكيف كان فقد ذكر جمع من الأصحاب وجوهاً في توجيه ما في المسالك ونقتطف منها ما يلي :

١ - أن الصادر من المكروه والفضولى إنما هو مجرد اللفظ بلا توجه إلى معناه . أما المكروه فلائنه لا يقصد وقوع النقل والانتقال خارجاً . وإنما غرضه الانشاء الساذج دفعا للخوف المتوحد عليه من ماحية الجائر .

أما الفضولى فلائنه يعلم جزماً عدم ترتب الأثر على عقده مع قطع النظر عن امضاء المالك ، وعليه فيكون إنشاؤه غالياً عن قصد المعنى .

أما ما ذكر في المكروه فيتوجه عليه : أن عقد المكروه كسائر أفعاله التكوينية الصادرة منه كرهاً ، كالأكل والشرب والقيام والقعود ونحوها ، ولا ظن أن يصفوه أحد بصورها من المكروه بخير قصد . وكذلك العقد غاية الأمر أنه لم ينشأ من الرضا وطيب النفس .

على أن المكروه لا يقدر عالياً على قصد خصوص اللفظ دون المعنى ، لعدم الالتفات إليه .

ويضاف إلى ذلك أن انتفاء قصد المعنى يقتضى انتفاء حقيقة العقد ، لما عرفته في المسألة السابقة من استحالة تحقق العقد بدون القصد ، ومعه لا مجال للبحث عن اعتبار الاختيار فيه . لأن موضوع البحث في عقد المكروه إنما هو العقد الجامع للشرائط غير الرضا بالعقد . ولأجل ذلك يحكم عليه بالصحة



إذا لحق به الرضاء وإذا كان خالياً عن القصد لم يكن قابلاً للحكم عليه بالصحة أبداً  
لأنك عرفت أن عنوان العقد لا يتحقق بدون القصد وإذا تحقق في الخارج  
مالم يسبقه لم يكن ذلك عقداً بالرضاء المتعقب - أيضاً - لأن الشيء لا ينقلب  
صما هو عليه . مع أن المشهور حكوا بصحة عقد المكره بالرضاء المتعقب .  
نعم قد ينطبق قصد المكره بخصوص اللفظ كما في التورية . ولكنه يخرج عن  
مورد البحث .

أما ما ذكر في الفضولي فيتوجه عليه : أن عقد الفضولي - أيضاً - معتبر  
بالقصد وإلا لاستحال تأثيره بالإجازة - أيضاً - على ما عرفته قريباً .

ومع الإغضاء عن ذلك : أن ما ذكر من التوجيه لكلام الشهيد إنما يتم  
في غير الفضولي المعتقد للملكية فله ، أما فيما إذا اعتقد الفضولي أنه مالك فلا  
شبهة في حصول القصد الى المعنى .

وعلى الجملة فلا اشكال في تحقق القصد في المكره والفضولي كتحققه في  
غيرهما .

٢ - ما ذكره المصنف وهذا نصه : ( المراد بعدم قصد للمكره  
عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج . وأن المدعى له الى الانشاء  
ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج ، لا أن كلامه الانشائي مجرد عن  
الخلول ) .

ويرد عليه أنه ان كان مراده من عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في  
الخارج هو عدم وجود الاعتبار النفساني فهو بديهي البطلان ، لما عرفته قريباً  
من تحقق القصد في المكره . وأن عقده من هذه الناحية كسائر العقود صادرة  
من المختارين .

وإن كان مراده من ذلك هو عدم القصد الى امضاء الشارع وحكمه بصحة

العقد ، لكي يترتب عليه الأثر . بل قصده الى الحصة الفاسدة .  
 ويتوجه عليه أولاً : أن هذا أحصر من المدعى ، لأن المكره قد  
 لا يلتفت الى فساد العقد شرعاً . بل يتخيل صحته . وعليه فهو قاصد لترتب  
 الأثر الشرعي أيضاً .

ثانياً : أن ذلك لا يضر بصحة العقد ، فإن قوام البيع - كما ذكرناه - إنما هو  
 باعتبار المبادلة بين المالين في أفق النفس ، وإظهاره في الخارج يظهر - سواء  
 أمضاء الشارع ، أم لم يصحبه وسواء ألتفت المنشئ الى ذلك أم لم يلتفت اليه .  
 وعلى الجملة : أن الأحكام الشرعية المترتبة على العقود والایقاعات  
 خارجة عن حقيقتها .

ولاجل ذلك لو أنشأ عقداً فاسداً باعتقاده - كما اذا تعامل مع أيه معاملة  
 ربوية ، ثم انكشف جواز ذلك - لم يحكم بفساده ، واذن فلا أثر لقصد  
 الامضاء الشرعي وهدمه .

٣ - ما ذكره شيخنا الاستاذ من (أن المكره لم يقصد ما هو ظاهر انشاء  
 كل منشيء من رضائه بوقوع المدلول في الخارج ، كما أن الفضولي لم يقصد  
 ما هو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه) .

وبتعبير آخر : أن ظاهر كلام العاقد هو وقوع انشاءه بالرضاء وطيب  
 النفس ، وأن ما أنشأه من العقد مستند الى نفسه . ولكن الأول منفي في المكره  
 والثاني منفي في الفضولي ، لأنهما لم يقصدا ذلك .

ويرد عليه أولاً : أن هذا أحصر من المدعى ، فإن هذا لو سلم فإما يسلم مع عدم  
 التفات الناس الى حال المكره والفضولي والالم يكن القصد مخالفاً لظهور كلامه  
 ثانياً : أن عدم ظهور عقد المكره في طيب نفسه ، وعدم ظهور عقد  
 الفضولي في البيع لنفسه أجيبان عن قصد العاقد للفظ دون معناه .

وعلى الجملة إنه : لم يتحصل لنا معنى معقول من كلام الشهيد من أن المكره والفضولي قاصد ان إلى التلغظ دون مدلوله . وهو (ره) أعرف بحاله .  
وقد ظهر لك بما تلوماء عليك : فساد ما ذكره التراقي في المستند من أن الوجه في بطلان البيع الاكراهي هو عدم وجود ما يدل على قصد البيع ، حيث ان اجراء الصيغة مع الاكراه غير كاشف عن القصد ، فلا يكون من البيع العرفي ، لانه يعتبر فيه أن يكون - هناك - كاشف من كونه مريداً لنقل الملك وكونه مكرهاً قرينة على عدم ارادة ظاهر اللفظ .

## ما استدل به على بطلان بيع المكره

قد ظهر لك من مطاوى ما ذكرناه : أن مقتضى القاعدة هو صحة بيع المكره فانه عقد عرقي يشمل ما دل على وجوب الوفاء بالعقد . ولكن استدل على فساد بوجوه وهي ما يلي :

الوجه الأول : الاجماع .

ويرد عليه : أن الاجماع وإن كان مسلماً ولكننا لا نطمئن بكونه اجماعاً تعديداً ، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك الجمع بين الوجوه الآتية .  
الوجه الثاني : قوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة من تراض (١) وقد ذكرنا في المباحث السالفة أن دخول الباء المفيدة للسبية في كلمة الباطل ، ومقابلتها في الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على أن الآية الشريفة في مقام تمييز الاسباب الصحيحة عن الاسباب الفاسدة .  
ثم إن المراد من الأكل في الآية المباركة ليس هو الازدراء - على ما هو

معناه الحقيقي - وإنما هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق شرعي .  
سواء أكان المال المزبور من المأكولات أم كان من غيرها . وقد تعارف استعمال  
كلمة الأكل في التملك في الكتاب الكريم وفي كلمات الفصحاء . بل وفي غير  
العربية أيضاً . ومن ذلك قوله تعالى : ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتبدلوا  
بها إلى الأحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأتمتعون (١) .  
ثم إن الاستثناء في الآية المباركة سواء أكان متصلاً - كما هو الظاهر -  
أم كان منقطعاً يفيد حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة من تراض :  
أما على الأول فواضح .

وأما على الثاني فلا إن الاستثناء المفصل وإن كان لا يفيد الحصر بنفسه  
ولكن الله تعالى حيث كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات - وفصل  
صحيحها عن فاسدها ، وكان الإعمال مَحْذُوراً بالمقصود - فلا محالة يستفاد الحصر  
من الآية بالقرينة المقامية .

ونتيجة ما ذكرناه حول الآية الكريمة : أنه لا يجوز تملك أموال الناس  
بسبب من أسباب المعاملات إلا أن يكون السبب المملك هو التجارة من تراض  
ومن الواضح الذي لا ريب فيه أن بيع المكره لا يعد من التجارة من تراض ،  
فيكون فاسداً .

ثم لا ينبغي على القطر العارف : أن المراد من الرضاء المذكور في الآية  
المتقدمة هو طيب النفس ، لا الرضاء بمعنى القصد والارادة ، أو الملازم لها ،  
فلن ماهر شرط لصحة التجارة هو الأول . أما الثاني فانه مقوم للعقد ، فقد عرفت  
أن الله تعالى في مقام بيان الميزين السبب الصحيح والسبب الباطل للمعاملات . ومع  
عدم تحقق العقد لا يبق مجال لتقسيم أسباب المعاملات إلى الصحيح والفاسد .

أضف الى ذلك : أن العقد من الامور الفسدية المظهرة بظهر خارجي فلا ينقل صدوره من غير القاصد . وعليه فلو كان المراد من الرضاء في الآية القصد والارادة ، أو ما يلزمها لكان ذكره فيها مستدركا . لأن كلة التجارة المذكورة فيها تعنى عن ذكر كلة الرضاء . تعالى كلامه سبحانه عن ذلك علواً كبيراً . وعليه فالمراد من الرضاء في الآية الشريفة انما هو طيب النفس ، لا القصد والارادة .

ويحسن بنا توضيح ذلك اجمالاً فنقول : ان الافعال الاختيارية الصادرة من الأشخاص المختارين انما تستند الى مقدمات طويلة كلها موجودة في أفق النفس : منها التصور . ومنها التصديق بالفائدة . ومنها الميل ، ومنها الشوق المؤكد المعبر عنه غالباً بالارادة التي هي تأثير النفس في حركة العضلات . ولا شبهة في أن الفعل اذا عرى عن القصد والاختيار لحق بالافعال غير الاختيارية ثم ان لفائدة المترتبة على الفعل الاختيارى على ثلاثة أقسام :

الاول : الفائدة الخالصة المترتبة على الفعل الخارجى . وذلك كالرجح المترتب على التكسب والاتجار . وكالتلذذ المترتب على أكل المطعمات . وككرارة البدن المترتبة على لس الالبسة ، والى غير ذلك من الأمثلة .

الثاني : أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل مما يدفع به الضرر الخارجى المتوجه الى الشخص ، بأن يكون اختيار هذا الفعل لأجل قضاء الضرورة من دون أن تكون هذه الضرورة من ناحية الظالم ونحوه .

ومثال ذلك : أن يضطر أحد الى بيع داره لعصرف ثمنها في علاج مريضه للشرف على الهلاك أو للاعاق على عياله ، أو لإداء الدين الواجب أو لدفع جريمة ثبتت عليه في المحكمة الخاصة . ومن هذا القليل أن يطلب الجائر من شخص مالا لا يتمكن منه الا ببيع داره أو كتبه أو متاع بيته أو

أشياء ذلك ، فان الاجبار انما يكون بالنسبة الى دفع المال ، لا بالنسبة الى بيع ما ذكر .

الثالث : أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل دعماً لضرر الظالم الناشئ من ترك الفعل - لامن الجهات الخارجية . ومثال ذلك أن يحمل الجائر أحداً على فعل خاص مع الإيعاد على تركه بالضرب أو القتل أو نحوهما ، فان نفس الفعل - هنا - وان صدرت بمقدماته الاختيارية التي أشرنا إليها قريباً . ولكن الفاعل لم يرض به .

ويتضح الفارق بين هذا القسم وبين سابقه بملاحظة مايلي : وهو أن الظالم اذا أكره أحداً على بيع داره ، وأوعده بالضرب على تركه حكم بفساد البيع لخلوه عن الرضا المعتبر في صحة البيع . وهذا بخلاف ما اذا أكرهه بداءة على إعطاء ألف دينار . وكان سبيل نجاته عن هذه الفرامة هو بيع داره فانه حينئذ يحكم بصحة البيع لوقوعه برضا المالك وطيب نفسه . غاية الأمر أن الداعي الى البيع انما هو الاضطراب . وأيضاً أن الفارق بينها كالفارق بين من فسد جزء من أجزاء بدنه بحيث انحصر علاجه بقطعه والا يهلكه . وبين من أجبره الجائر على قطع إصبعه ، وإلا يقتله ، فان الشخص الأول مستجيع بقطع عضوه بخلاف الثاني . وهذا واضح .

وقد اتضح لك مما بيناه : أن ما نحن فيه من القيل الثالث ، لأن البيع الصادر من المكره كرهاً كسائر أفعاله الاختيارية مسبوق بالمقدمات ، من التصور والتصديق بالفائدة والميل والارادة التي هي بمعنى الاختيار . ولكن هذا البيع الصادر من المكره فاقد للرضا وطيب النفس . وعلى هذا فنحن نتناول التجارة لا يتحقق الا بالارادة والاختيار . فبيع المكره تجارة غايته تجارة من غير تراض .

الوجه الثالث : بما استدل به على فساد بيع المكره - الروايات (١)  
 الدالة على حرمة التصرف في مال غيره الا بطيب نفسه ، ومن الظاهر أنه لو  
 كان بيع المكره نافذاً لكان سبباً لخلية ماله للمشتري بغير الرضاء وطيب النفس  
 الوجه الرابع : الروايات (٢) الدالة على بطلان طلاق المكره وعنته  
 فانها وان وردت في الطلاق والعناق ، ولكنها بضميمة عدم القول بالفصل  
 بينهما وبين غيرهما من العقود والایقاعات تدل على المقصود .  
 الوجه الخامس : ما دل (٣) على رفع الاكراه في الشريعة المقدسة .

(١) قد تقدمت هذه الروايات في الجزء الثاني في ص ٦٣٨ .

(٢) عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله « ع » قال : سمعته يقول :

لو ان رجلاً ملأ من يقوم ليسوا بسلطان فتهروه حتى يتخوف على نفسه ان يبتلى  
 ان يطلق فصل لم يكن عليه شيء . مرسل .

وعن زرارة عن ابي حمزة « ع » قال : سألته عن طلاق المكره وعنته ؟

فقال : ليس طلاقه بطلاق ولا عنته بتق . حسن بإسنادهم بن هاشم .

وعن يحيى بن عبد الله بن الحسن عن ابي عبد الله « ع » قال سمعته يقول

لا يجوز الطلاق في استكراه ، ولا يجوز عتق في استكراه . . . وإنما الطلاق

ما يريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضطرار . ضعيف يحيى . الكافي ج ٦

ص ط ٢ باب طلاق المكره ص ١٢٧ . والروايات ج ١٢ باب طلاق المكره ص ١٦٧

(٣) عن حريز بن عبد الله ، عن ابي عبد الله « ع » قال : قال رسول

الله « ص » : رفع عن امي تسعة : الخطأ ، والسيان ، وما اكرهوا عليه ،

وما لا يطبقون ، وما لا يعمون ، وما اضطروا اليه ، والحسد ، والطيرة ،

والفسكر في الوسوسة في الخلق ما لم يطلق بشعة . مجهول ماحمد بن محمد بن يحيى

المطار . توحيد الصدوق باب الاستنابة ص ٣٩٤ . والحاصل ج ٢ ابواب النسخة

ص ٤٤ . والبحار ج ١ ص ١٥٦ . والوسائل باب ٣٧ من قواطع الصلاة . -

ووجه الاستدلال به على طلاق عقد المكره هو ما ذكرناه في علم  
الاصول من أنه لا اختصاص لمحدث الرفع بالأحكام التكليفية . بل يعم الأحكام  
الوضعية - أيضاً - كما أنه لا اختصاص له بتعلقات الأحكام ، بل هو يجري في  
الموضوعات أيضاً ، فإن فعل المكلف كما يقع متعلقاً للتكليف كذلك يقع  
موضوعاً له ، وعليه فإذا أكره المكلف على إيجاد الموضوع لحكم ، كالإفطار  
في شهر رمضان ، أو إنشاء بيع ارتفع حكمها .

وعلى هذا فلا احتياج في الاستدلال بمحدث الرفع على طلاق بيع المكره  
إلى التمسك باستدلال الامام عليه السلام بذلك على طلاق اليمين بالطلاق والعناق (١)

وباب ٣٠ من أبواب الحلل في الصلاة . وباب ٥٦ من جهاد النفس . والفتية  
ج ١ من طبعة النجف ص ٣٦ .

وعن أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن اسماعيل الحمصي عن أبي عبد الله  
«ع» قال سمعته يقول : وضع عن هذه الأمة ست خصال : الخطأ ، والنسيان  
وما استكرهوا عليه ، وما لا يطيقون ، وما أسخطوا به .

وعنه عن الحلبي عن أبي عبد الله «ع» قال : قال رسول الله «ص» :  
وضع عن أمي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه .

وعنه عن رمي ، عن أبي عبد الله «ع» قال : قال رسول الله «ص» :  
عني عن أمي ثلاث : الخطأ ، والنسيان ، والاستكراه ، قال أبو عبد الله «ع»  
وهنا رابعة وهي ما لا يطيقون .

وعن أحمد بن أبي عبد الله في المحاسن ، عن أبيه ، عن صفوان بن يحيى .  
وأحمد بن محمد بن أبي نصر حيمياً عن أبي الحسن «ع» في الرجل يستكره على اليمين  
فيحلف بالطلاق والعناق . وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ فقال : لا . قال  
رسول الله «ص» : وضع عن أمي ما أكرهوا عليه . وما لم يطيقوا . وما أسخطوا  
صحيح . الوسائل باب ١٦ من كتاب الأيمان .

(١) هذا المعنى مذكور في رواية الرقي المتقدم في الحاشية السابقة



مع ضخمة عدم القول بالفصل - يتبهما وبين سائر العقود والايقاعات - الى الاستدلال المزبور .

كما لا يحتاج الى القول بأن اعراض الامام عليه السلام عن الحكم بطلان العتاق والعلاق بدءاً الى التمسك بحديث الرفع شاهد صدق على شمول ذلك الحديث لامثال الموارد .

ولا احتياج الى شيء منها وإن كان كل منهما تاماً في نفسه .  
وعلى الجملة : إنه لاشبهة في دلالة حديث الرفع على بطلان عقد المكره

## ماهو حكم المعاملة الصادرة من المضطر ؟

بقي هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما :

الأول . أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكره من جهة حديث الرفع فلا بد وأن يحكم بفساد العقود والايقاعات الصادرة من المضطر - لأجل الاضطراب - لعين ذلك الحديث ، وقد تقدم مثاله قريباً .  
ولكنه يتدفع بأن حديث الرفع وارد في مقام الامتنان ، ومن الواضح أن الحكم بفساد معاملة المضطر على خلاف الامتنان ، وعليه فلا تكون المعاملة الاضطرابية مشمولة لحديث الرفع .

## ماهو حكم المعاملة الصادرة من

المكره بحق ؟

الثاني : أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكره فيما اذا كان المكره ( بالكسر ) من سنخ البشر . أما اذا كان المكره ( بالكسر ) هو

الله تعالى بلسان سفرائه الطاهرين ، فانه - وقتئذ - لا يحكم بفساد العقد الواقع كراهاً ، ولا يكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فان ذلك اكراه بحق فلا يمنع عن نفاذ البيع ولا يلزم أن يكون حكمه سبحانه بوقوع العقد الا كراهى لغواً محضاً تعالى عن ذلك علواً كبيراً ، وقد تحقق هذا المعنى في موارد شتى ، ونذكر منها مايلي :

١ - أن يحكم القاضي ببيع ملك المديون لايضاء الغرماء حقوقهم ، فانه اكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع ، بل يقع معه صحيحاً نافذاً .

٢ - الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في اجبار المحتكر على بيع ما احتكره من الطعام فيها اذا لم يوجد البازل . بل عن المذهب البارع الاجماع عليه . وعن التنقيح عدم الخلاف في ذلك وقد وردت جملة من الروايات في ذم المحتكر ، وحرمة الاحتكار . وكونه من الجرائم الموقفة ويأتي البحث ص ذلك في أواخر كتاب البيع انشاء الله .

٣ - أن لا ينقذ الرجل على من نجى نفعته عليه من الآب والام والاولاد والازواح وغيرهم ، فانه حينئذ يجبر هذا الشخص المسلمك على بيع أمواله وصرف ثمنها في نفقة هؤلاء . ولا يؤثر هذا الاكراه في بطلان بيعه ، لما عرفته قريباً في المحتكر .

٤ - أنه اذا امتنع الراهن من أداء دينه فانه يجبره الحاكم على بيع العين المرهونة وأداء دين المرتهن من ثمنها . فلا يؤثر الاكراه في فساد بيعه .

ثم انه بقى هنا شيء آخر لا بأس بالتعرض له . وهو أن المحقق الايرواني قد استدل على فساد عقد المكره بما حاصله : أن عنوان المعاملة لا يتحقق عرفاً بانشاء المكره ، بداهة أنه وان قصد المعنى قلباً ، وتكلم باللفظ لساناً ، إلا أنه لارابطة بينها لباً ، ضرورة أنه لم يأت باللفظ لأجل المقدمة والتوصل

ح ٣ هل يعتبر في الاكراه وجود حامل على المكره عليه ٢٩٥

الى المسمى لكي يكون ذلك وسيلة الى تحقق عنوان المعاملة ، بل انما أتى به بداع آخر . وعليه فقصده المكره للمعنى ، كالتقصّد الساذج الخالي عن الانشاء . كما أن انشاءه كالانشاء الساذج الخالي عن القصد . واذا لم يتحقق - هنا - عنوان المعاملة لم يترتب عليه أثر شرعى .

ولكن يتوجه عليه ما عرفت من أن عنوان أى عقد أو إيقاع انما يتحقق بالاعتبار النفساني ، وإبرازه بمبرر خارجي من اللفظ وغيره . ولا ريب في أن هذا المسمى متحقق في عقد المكره ، غاية الأمر أنه ما قد طيب النفس ، إلا أنه غير دخیل في عنوان العقد ، وانما هو دخیل في صحته . ويضاف الى ذلك : أنه لو لم يكن انشاء المكره مربوطاً بالقصد وكان كل منهما غريباً عن الآخر كما يرومه المستدل كان عقد المكره باسداً من ناحية انتفاء موضوع العقد ، لامن ناحية الكره . وقد عرفت أيضاً أن محل بحثنا انما هو فيما يكون العقد واجداً لسائر ما يعتبر فيه غير طيب النفس والرضا .

## هل يعتبر في الاكراه وجود حامل

على المكره عليه ؟

قوله : ( إن حقيقة الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير على ما يكرهه ) .

أقول : هل يعتبر في مفهوم الاكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه بحيث لو لاه لما كان - هنا - اكراه كما هو الظاهر من المصنف أم لا يعتبر ذلك في مفهومه ، بل يكفي فيه مجرد الاعتقاد بوجود المكره ( بالكره ) وان كان الاعتقاد المزبور مخالفاً للواقع ؟ .

ويمكن بنا أولاً : أن تقدم مقدمة في طبيعة البحث عن ذلك وملخصها :  
 أن النسبة بين عنوان المكره وعدم طيب النفس هي العموم المطلق ، ضرورة  
 أنه كلما تحقق - هنا - كره تحقق عدم طيب النفس . بخلاف العكس ، فإنه قد  
 لا يوجد الكره ولكن يتحقق عدم الرضا وعدم طيب النفس - كما إذا تحيل  
 أحد أن الجائر أجبره على بيع داره أو طلاق زوجته أو هتاق عبده مفضل ذلك  
 ثم تبين أنه ليس هنا مكره ( بالكسر ) - فإن عنوان الاكراه وإن كان غير  
 متحقق في المقام واقعاً ولكن لم يوجد هنا رضا أيضاً بالمعاملة .  
 وقد يتوهم أن النسبة بين عنوان الاكراه وبين عدم الرضا هي العموم  
 من وجه ، إذ قد يتحقق الاكراه ولا يتحقق عدم الرضا ، كما إذا باع أحد  
 داره برضاه ثم علم بوجود المكره في الواقع بحيث لو لم يفعله لقتله .  
 ولكنه توهم فاسد بديهية أن حقيقة الاكراه متقومة بوجود المكره  
 ( بالكسر ) واقعاً ، وعلم المكره ( بالفتح ) به فإذا اتقى أحدهما اتقى  
 عنوان الاكراه .

إذا عرفت هذا فاعلم أنه إن كان الدليل على بطلان معاملة المكره هو  
 حديث الرفع فلا مناص عن التكلم في حقيقة الاكراه ، وبيان ما يستبر فيها  
 من القيود والشرائط ، لكي يتضح ماهو المقصود من الحديث المزبور .  
 وإن كان الدليل على بطلان معاملة المكره هو عدم اقترانها بالرضا  
 وطيب النفس فلا نحتاج الى البحث عن حقيقة الاكراه فإن المدار في صحة  
 معاملات المكره وفسادها - وقتئذ - أعما هو وجود طيب النفس وعدمه ،  
 وعليه فيحكم بفساد العقد الصادر من شخص يتوهم أن الجائر قد أمره بذلك ،  
 وأوعده على تركه بالضرب والقتل ونحوهما - وإن كان اعتقاده هذا موافقاً  
 للواقع - فإن العقد المزبور فاقد لطيب النفس . نعم إذا طابق اعتقاده الواقع

اجتمعت حقيقة الاكراه مع عدم طيب النفس .  
وعلى الجملة : إن الميزان في بطلان بيع المكره انما هو عراؤه عن طيب  
النفس ، سواء أاستند ذلك الى مجرد الخوف من دون أن يكون - هناك -  
غشوف ، ام استند الى خوف مستند الى الجائر .

## هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد من الأمر ؟

قوله : ( ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه )  
أقول : هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد من الأمر ، أم يكفي في  
ذلك توجه الضرر على المكره ( بالفتح ) ولو من ناحية غير الأمر ؟ .  
الظاهر من المصنف هو الاول .

وقال السيد - عند قول المصنف : اقترانه بوعيد منه - : ( فلي هذا  
لا يصدق على ما أشرنا اليه سابقاً من طلب الغير منه فعلاً إذا خاف من تركه  
الضرر السماوي ، أو صرراً من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك مع  
عدم توعيده . بل وكذا إذا فعل الفعل لأمر الغير لكن خاف منه الضرر . .  
وحينئذ فالإقدام على الفعل قبل إطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك  
أو صل إليه الضرر لا يعد من الاكراه ) .

وتبعهما في ذلك شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر بحته : ( يعتبر توعيد  
الطالب على الترك ، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلائي على ترتب ذلك الوعيد على  
الترك فجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل في موضوع البحث  
وإن خاف من تركه ضرراً سماوياً أو الضرر من شخص آخر غير الأمر ) .

ولكن التحقيق : أن يحكم بفساد العقد إذا ترتب على تركه الضرر ولو من ناحية غير الأمر ، كما إذا أمره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفاً من الضرر المتوجه إليه من ناحيته السلطان إذا علم بمخالفة أمر ولده .  
ولا يفرق في ذلك بين كون المدرك لبطلان عقد المكروه هو حديث الرفع ، وبين كونه عدم طيب النفس :  
أما على الثاني فهو واضح .

أما على الأول فلما عرفت من أن حقيقة الاكراه محل الغير على فعل مع الإيعاد على تركه ، للضرر سواء أكان الضرر متوجهاً إليه من الأمر ، أم كان متوجهاً إليه من غيره .

نعم إذا كان الوعيد بالضرر السبوي ، كما إذا أمر أحد من أولياء الله شخصاً خاصاً ببيع داره ، وإلا طلب من الله تعالى أن يطر عليه حجارة من السماء ، أو يرسل عليه ريحاً عاصفة فباعها خوفاً من الغضب الإلهي ، فإن البيع المذكور يحكم بصحته ، لما عرفت - قريباً - من أن المرفوع بحديث الرفع إنما هو الاكراه من ناحية العباد ، لا الاكراه من ناحية الله سبحانه . وهذا ظاهر .

## هل يعتبر في الاكراه العلم بترتب الضرر

على ترك المكروه عليه ؟

هل يعتبر في صدق الاكراه العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك المكروه عليه ، أم يكفي في ذلك مجرد الاحتمال ؟

ذكر المصنف : أنه يعتبر في ذلك كون الضرر مظنون القرب على ترك ذلك الفعل بحيث يضر بحال الفاعل ، أو بحال من يتعلق به ، أو يضر بماله .

ح ٣ هل يعتبر في الاكراه العلم بترتب الضرر على ترك المكروه عليه ٢٩٩

وقد اكتفى شيخنا الاستاد في صدق الاكراه على ذلك باحتمال ترتب الضرر على ترك المكروه عليه ، وقد عرفت عبارة مقرر بمختاراً .  
وهذا هو الصحيح ، لما عرفته - قريباً - من أن المدار - في فساد عقد المكروه - على انتفاء طيب النفس ، وهو حاصل بمجرد الخوف النفساني الحاصل من وعيد الأمر ، ومعه لا دليل على اعتبار العلم بالترتب أو الظن به ، بل يكفي في ذلك مجرد الاحتمال العقلائي .

ثم ذكر السيد : ( أنه لا بد في صدق الاكراه من كون الضرر المتوعد به عاماً يكن مستحقاً عليه ، فلو قال : إفضل كذا وإلا قتلتك فصاحباً ... أو وإلا طابتك بالدير الذي لي عليك وبحو ذلك لا يصدق عليه الاكراه ) .  
وقد يناقش فيه بأن المعاملة - عندئذ - فاقدة لطيب النفس والرضا . فتكون فاسدة .

ولكن الظاهر : أن ما ذكره السيد هو الصحيح ، وذلك من جهة أن أن الاكراه ينصرف عرفاً الى غير ذلك ، وعلى فرض عدم الاصراف فالحدث لا يشمل ، لأنه على خلاف الامتنان

وتوهم : أن المعاملة - حيثئذ - فاقدة لطيب النفس مدفوع بان دفع الضرر المستحق عليه أقوى سبب لتحقيق الرضاء بالمعاملة ، فان الضرر اذا كان مستحقاً عليه لزمه الالتزام به بحكم الشارع ، أو دفعه عن نفسه باختياره وبالتراضي بينه وبين من يستحق عليه .

## هل يعتبر في الاكراه عدم امكان

التفصى عن الضرر ؟

قوله : ( ثم إنه هل يعتبر في موضوع الاكراه أو حكمه عدم إمكان التفصى عن ذلك الضرر المتوعد بما لا يوجب ضرراً آخر ) . أقول : هل يعتبر في موضوع الاكراه عدم إمكان التفصى عن الضرر المتوعد به بتورية أو بغيرها أم لا يعتبر ذلك في موضوعه ، بل يعتبر في حكمه : أعني به الأثر المترتب على الاكراه من بطلان المعاملة وغيره . أم يفصل بين المعاملات وغيرها ، ويلتزم بعدم الاعتبار في الأول دون الثاني ، أم يفصل بين التورية وغيرها ، ويلتزم - في تحقق مفهوم الاكراه - باعتبار المعجز عن غير التورية دونها ، أم لا يعتبر شيء من المذكورات ؟ .

وقبل التمرض لتلك الوجوه يحسن لنا أن نقدم أمام البحث بيان حقيقة التورية : وهي في اللغة بمعنى السر والاختفاء وإلقاء كلام ظاهر في معنى وإرادة خلاف ظاهره . مع إحقاق القرينة على المراد ، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب باظهار غيره . وخيل اليه أنه أراد ظاهر كلامه . وقد ذكر الطريحي في مجمع البحرين ورأيت الخبر بالتشديد تورية اذا سترته وأظهرت غيره ، حيث يكون لللفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر وتعلق به وتريد الحق .

وفي القاموس : ورأه تورية أخفاء .

وفي تلخيص المفتاح : ومنه التورية وتسمى الإيهام - أيضاً - وهو أن يطلق لفظ له معنيان قريب ومبعد ويراد البعيد . الخ .



ح ٣ هل يعتبر في الاكراه علم امكان التنعى عن الضرر ٣٠١

ولكن لا ينبغي عليك : أن التورية كما تحقق في الأقوال كذلك تحقق في الأفعال . أيضاً - ولا وجه لتخصيصها بالأولى كما يلوح من ظاهر تفاسير القوم أما جريانها في الأقوال فكما اذا أراد أحد أن ينكر مقاته الصادرة منه فيقول : علم الله مقاته ، حيث يظهر كلمة الموصول على صورة أداة النفي . ويميل الى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه .

ومن هذا القيل ماذكره سلطان العلماء والمحققين في حاشيته على المعالم عند البحث عن المجهول من أنه سئل أحد العلماء عن علي عليه السلام وأبي بكر بنه أيها خليفة الرسول عليه السلام فقال : من بنه في بنه .

ومنه قول عقيل عليه السلام : أمرني معاوية أن ألعن علياً إلا فالعنوه . ومن القيل المذكور ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال : أربعة أربعة أربعة ، وقصد من ذلك الأئمة الاثني عشر ، وزعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع .

ثم لا ينبغي عليك . أن الكلام الذي يورى به قد يكون ظاهراً في بيان مراد المتكلم ، ولكن المخاطب لغاوه وقصور فهمه لا يلتفت اليه ، ولا ريب أن مثل ذلك خارج عن حدود التورية موضوعاً . وإنما هو كساتر الخطابات الصادرة من المتكلم في محاوراته ومحادثاته .

ومنه ما نقل عن بعض الأجلة أن شخصاً اقترح عليه أن يعطيه شيئاً من الدراهم ويعينه بذلك ، وكان المسؤول يرى السائل غير مستحق لذلك فالتى السبحة من يده على الأرض وقال : والله ان يدي خالية ، وتخيّل السائل من كلامه أنه غير متمكن من إعطاء سؤله وقضاء حاجته .

أما جريان التورية في الأفعال فهو من الواضح بمكان وان لم يتعرض له من فسر التورية ويؤمن بحقيقتها .

ومثال ذلك : أن يكره الجائر أحداً على شرب الخمر ، فأخذها المكره (بافتح) وأهرقها على جيبه ، وحيل إلى الجائر أنه شر بها .  
وأن يكره أحداً على أخذ أموال الناس بالظلم والعدوان فأخذ المكره (بافتح) مال الظالم سرّاً ودفعه إليه جهراً ، وبخيل إليه أنه أخذه من الناس وأعطاه إياه .

وأن يأمر أحد عماله أن يضرب مظلوماً في اللين المظلم ، فيورى العامل في عمله بضرب سوطه على الجدار ، ويأمر المظلوم بالياحة والبكاء لكي يفهم الظالم أنه يضربه . وإلى غير ذلك من الأمثلة .

وعليه فإذا قلنا بوجود التورية في الكلام مع التمكن منها قلنا به في الأفعال - أيضاً - فإن سيلهما واحد . وهذا واضح لاستار فيه .

ثم أنه فصل المصنف - هـ - بين المعاملات وغيرها ، حيث اعتبر العجز عن التفصى في حقيقة الإكراه في الثاني دون الأول .

وملخص كلامه : أن المناط في الإكراه الراجع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمعاد المعاملة . ولأرب أن هذا المعنى قد يتحقق مع إمكان التفصى .

ومثاله : أنه لو جلس أحد في مكان حاصل فأكراهه الجائر على بيع داره فإن المكروه بالفتح وإن كان له في غير هذا المكان حدم يكفونه عن شر المكروه (بالكسر) إلا أنه يكره الخروج عن مكان جلوسه ولا يتمكن في هذه الحالة من دفع ضرر الجائر عن نفسه ، وعليه فالإكراه بمعنى عدم طيب النفس متحقق هنا ، وحينئذ فيحكم بعدم ترتب الأثر على هذه المعاملة الصادرة من المكروه .

وهذا علاف الإكراه على أمر محرم كالسكر وشرب الخمر والزنا .

ج ٣ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصي عن الضرر ٣٠٣

وأشباهها فان الشخص المزبور في المثال المذكور لا يعتمد بمجرد ذكر امة الخروج عن ذلك المنزل فان المناطق في الاكراه - المعترف في تسوية المحرمات - هو الاكراه بمعنى الجبر . والمناطق في الاكراه - المعترف في رفع الاثر عن المعاملات - هو عدم طيب النفس كما عرفته قريباً وكم فرق بينها .

ويدل على التفرقة بين المقامين خبر ابن سنان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم . ولا في جبر ، ولا في إكراه قال . قلت أصلحك الله فما فرق بين الاكراه والجبر ؟ قال : الجبر من السلطان يكون ، والاكراه من الزوجة والاب والام وليس ذلك بشيء (١) حيث ان الظاهر من هذا الخبر هو أن ما يرفع أثر المعاملات انما هو الاكراه بمعنى عدم طيب النفس وان لم يتوجه على ترك المكروه عليه ضرر - كافي اكراه الاب والام والزوجة - فيكون أوسع دائرة من الاكراه المسوغ لسائر المحرمات .

ولكن يتوجه عليه أولاً : أن معنى الاكراه هو حمل الغير على ما يكرهه مع الابعاد على تركه . ولا ريب أن هذا المعنى ينطبق على جميع موارد الاكراه بنسق واحد من دون فارق بين المعاملات والمحرمات . وعليه فيجوز عقابته الاكراه مع الاجبار - في الرواية - لا تدل على التفرقة بين المعاملات والمحرمات بل غاية ما يستفاد منها أن دائرة الاكراه ارفع لأثر المعاملات أوسع من دائرة الاجبار المسوغ للمحرمات ، فانه يتساح في الأول بما لا يتساح في الثاني .

ويضاف الى ذلك : أنه لم يذكر في الرواية أن الاجبار يكون في

(١) العقيق ج ٣ من طبعة المجمع باب ٩٨ الإيمان ص ٢٣٥ . ومروغ

السكاكي ج ٧ من ط ٢ باب ما لا يلزم من الإيمان ص ٤٤٢ . والتهذيب ج ٢ كتاب

الإيمان ص ٣٢٨ . والموافي ج ٢ ص ٩٢ .

المحرمات فقط ، بل المذكور فيها هو بيان الفارق بين السلطان . وبين الآب والام والزوجة وعليه فما ذكره المصنف في المثال المزبور من بيان للمآثر بين المعاملات وبين المحرمات - لا يبتنى على أساس صحيح ، بل كالايسوغ مع الاكراه - المذكور في المثال - ارتكاب المحرمات كذلك يحكم - معه - بنفوذ المعاملات بديهية أن الاكراه إنما يؤثر في فساد المعاملة اذا كانت المعاملة المكروه عليها نافذة لطيب النفس من ناحية الخوف المستتبع لترتب الضرر على الترك ، ولم يقدر المكروه ( بالفتح ) على دفعه عادة ومن البين الذي لا ريب فيه أن طيب النفس متحقق في المثال ، لتتمكن البائع من عدم البيع ، ولو بالاستنصار من خدمه وعشيرته لكي يدفعوا عنه الضرر .

ثانياً : أنه لادلالة في الرواية المذكورة على التفرقة بين المقامين ، ضرورة توجه الضرر على ترك المكروه عليه في الامثلة التي ذكرت في الرواية كيف فان ترك ما يريده الآب أو الام أو الزوجة قد يوجب اختلال الميثاق واضطراب الفكر ، بل ربما ينجر ذلك الى ما هو أعظم من ذلك ، وإذن فتبعد الرواية عن اثبات صدق الاكراه بدون توجه الضرر على ترك المكروه عليه .

أضف الى ذلك : أن الرواية ضعيفة السند ، فان الراوى عن ابن سنان هو عبد الله بن القاسم ، وهو اما مجهول أو ضعيف .

ثم ان المصنف قد فصل - هنا - تفصيلاً آخر وهو التفصيل بين العجز عن التنصيص بالتورية وغيرها ، حيث اعتبر الثاني في مفهوم الاكراه دون الاول وحاصل كلامه : أن الظاهر من النصوص والفتاوى هو عدم اعتبار العجز عن التورية في موضوع الاكراه أو حكمه ، إذ من البعيد جزماً أن يحمل عموم حديث الرفع ، وخصوص النصوص - الواردة في طلاق المكروه

ج ٣ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصى عن الضرر ٣٠٥

وعتقه والشهيرات المدعات في حكم المكره - على صورة المعجز عن التورية ،  
لجهل أو دهشة ، بل مورد بعضها يأبى عن الحل المذكور ، كما يتضح ذلك  
لمن يراجعها .

ويضاف الى ذلك : أن القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز  
الاكراه عرفاً ، بداهة أن الاعصاب - وفاقاً للشيخ في المبسوط - جعلوا من  
شروط تحقق الاكراه علم المكره أو ظنه بوقوعه في الضرر المتوعد به مع  
الامتناع عن إيجاد المكره عليه ، ومن البين أنه لاشبهة في وجود الملازمة  
بين امتناع المكره (بافتح) عن الفعل المكره عليه ، وبين وقوعه في الضرر -  
الذى هو الاعتبار في صدق الاكراه - مع التمكن من التورية ، كما لاشبهة في  
اتقاء هذه الملازمة مع التمكن من غيرها . وإذن فوضوح الاكراه متحقق  
في الأول فيلحقه حكمه ، دون الثاني مع أن المعجز عنها لو كان معتبراً لاشير  
اليها في قضية عمار وأبويه (١) .

ولكن يتوجه على ذلك ؛ أنه لم يتضح لنا الفارق بين امكان التفصى بالتورية  
وغیرها ، فكما لا يتحقق مفهوم الاكراه في الثاني ، كذلك لا يتحقق مفهومه  
في الأول - أيضاً - .

---

(١) قصة عمار على مارواها المفسرون في شأن زول قوله تعالى : « إلا من  
أكراه وقلبه مطمئن بالإيمان » - سورة الحل ، الآية : ١٠٦ - ان قريشاً  
أكراهوه وأبويه يأسر وسمية على الارتداد فأبى أبواه فقتلوهما ، وهما أول شهيدین  
في الاسلام ، واعطاهم عمار بلسانه ما ارادوا مكرهاً فضيل . يارسول الله ان عماراً  
كفر فقال : كلا ان عماراً ملىء إيماناً من قرته الى قدمه ، واختلط الإيمان بلحمه  
ودمه ، فأتى عمار رسول الله «ص» وهو يبكي ، فجعل النبي (ص) يمسح عينيه  
وقال : مالك إن عادوا لك فعدم بما قلت .

ومن هنا لو اكراه أحد على شرب الخمر مع تمكنه من هراقته على جيبه حرم عليه شربها جزماً وقد تقدم أن التورية كما تجرى في الأقوال تجرى في الأفعال - أيضاً - .

وكذا لو اكراه الجائر أحداً على ارتكاب محرم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت إلى حاله . وأنه يفعل الفعل المسكره عليه أو لا يفعله ، فإن أحداً لم يتوهم تحقق الاكراه - هنا - مع أن الملازمة المبرورة متحققة - هنا - في مورد المثالب جزماً .

ويضاف إلى ذلك : ما ذكرناه سابقاً من أن الماسط في بطلان معاملة المسكره إنما هو انتفاء طيب النفس والرضا كما بي عليه المصنف فيما سبق ، ومن الواضح أن طيب النفس متحقق فيمن تمكن من التفصى بالتورية ، ومعه كيف يتحقق الاكراه .

أما ما ذكره من التمسك باطلاق حديث الرفع وسائر الروايات الواردة في طلاق المكره ، وعناقه والصومس الواردة في تجويز الحلف الكاذب بدعوى أن الظاهر منها هو عدم اعتبار العجز عن التفصى في حكم المكره عليه .

فيتوجه عليه : أن التمسك بذلك إنما هو بعد احراز الموضوع : أعنى به تحقق الاكراه ، وقد عرفت عدم تحققه مع التمكن من التفصى .

أما ما ذكره من أن العجز عن التورية لو كان معتبراً في رفع الاثر عن الفعل المسكره عليه لاشير اليه في قضية عمار وأبويه من جهة شفقة النبي ﷺ عليه .

فيتوجه عليه أولاً : أن عطمة عمار ونبوغه في العلم والتقوى مانعة عن تكلمه بكلمة الكفر مع قصده إلى معناها ، بل هو لم يتكلم بكلمة الكفر إلا ظاهراً بلسانه ، وكان قلبه مطمئناً بالإيمان ، وعليه فشان تكلمه بكلمة الكفر

ج ٣ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصى عن الضرر ٣٠٧

شأن تكلم الكفار بكلمة الشهادة عند الخوف والبهشة من غير إرادة جدية ،  
وإذن فلم تكن حاجة الى التنبية

ثانيا : أن الرسول ﷺ وإن لم ينبه عماراً على التورية ، وأغفل  
تعليمه إياها ، ولكنه من جهة عدم مشروعيتهما في أمثال المقام ، فإن اظهار  
الكفر - ولو مع التورية - محرم في نفسه ، لانه هتك لله سبحانه وتعالى  
لعظمته . وكذلك التكلم بكلمة الفحش وأشباهاها . ومن البديهي أنه لو  
جازت التورية في اظهار كلمة الكفر عند التقية لجارت مطلقاً ولو في غير  
حال التقية .

ومن العجب : أن المصنف ذكر أنه لو سلم اعتبار المعجز عن التفصى  
بالتورية في موضوع الاكراه وحقيقته كان مقتضى عموم حديث الرفع  
وخصوص المصوص الواردة في طلاق المكره وعتاقه ومعاقد الاجماع  
والشهادات المدعات إلحاق القادر بالمعجز حكماً ، إذ من البعيد جداً حمل جميع  
ذلك على صورة المعجز عن التورية للجهل أو دهمشة ، بل لا يمكن الالتزام بهذا  
الحل في بعضها من جهة المورد ، كما لا يخفى على من راجعها .  
ووجه العجب : أننا لم نجد رواية تدل على إلحاق غير المكره  
بالمكره حكماً .

أما حديث الرفع وما ورد في طلاق المكره فلم يذكر في هذه الروايات  
إلا مادة الكراهة وما يقتطف منها ، ولا تعرض فيها لبيان موضوع الاكراه  
ولا لتزويل غير المكره منزلة المكره حكماً .  
وأعجب من الكل دعواه الاجماع على التزويل مع أننا لم نر من ذلك في  
كلمات الفقهاء شيئاً ولا أثراً .

## بحث في الاكراه على أحد الأمرين العرضيين

قوله : ( أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه فقد استشكل غير واحد ) أقول : تحقيق البحث - في المقام - أنه إذا كان المكروه عليه أحد الأمرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص فهل يتحقق الإكراه باختيار كل منهما ، ويترتب عليه أثره أم لا ؟

تحقيق ذلك يقع في ناحيتين :

الاولى في الأفراد العرضية .

والثانية في الأفراد الطولية .

أما الناحية الاولى فقد ادعى بعض الأصحاب عدم تحقق الإكراه فيها إذا كان المكروه عليه هو الجامع بين الأمرين أو أمور كثيرة ، بداهة أن الأفعال بخير في اختيار أيها ، فيكون صدوره منه طيب نفسه ورصاء ، فيحكم بصحته إن كان ذلك معاملة ، وبجريمة الإتيان به إن كان من المحرمات .

وقد ناقش فيه المصنف بالنقص بد ( أنه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً ، إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكروه عليه ، إذ لا يكاد يتفق الإكراه بمجزئ حقيقي من جميع الجهات . نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك بمعنى : أن وجوده الخارجي ما شئ عن إكراه واختيار ، ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل ، ويستحقه باعتبار الخصوصية ) .

والجواب عن هذه المناقشة : أنه فرق بين وقوع الإكراه على بيع الدار



وبين وقوعه على طلاق إحدى الزوجتين ، أو عتاق أحد العبدین ، فإن المكره عليه وإن كان كلياً في كلا الموردين ، إذ لم يلاحظ بيع الدار من شخص خاص ولا في وقت معين ، إلا أن خصوصية كل فرد من طلاق إحدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدین محط نظر المكره (بالكسر) وهذا بخلاف الخصوصية الموجودة في بيع الدار ، فانها عوارض فردية وخارجة عن مورد الاكراه ، فالقياس مع الفارق .

والتحقيق في المقام : أما قد ذكرنا - في مبحث الواجب التخييري من علم الاصول : أن الواجب - هنا - هو الجامع الغراني الاقتراعي ، وهو مفهوم أحدهما الصادق على كل منهما ، إذ لا ريب في إمكان تعلق الطلب بأحد الفعلين أو الاتصال على البذل ، ضرورة أنه لا يستبر في متعلق الوجوب أن يكون من الكليات المتأصلة ، بل يجوز أن يكون من الكليات الاتزاعية ، وإذا فرض ترتب الغرض الواحد على أحد الفعلين ، أو الأفعال على البذل ، فانه لا بد وأن يكون متعلق الإيجاب - أيضاً - كذلك .

أصف إلى ذلك : أنه لاشبهة في إمكان تعلق الصفات الحقيقية ذوات الاضافة بأحد الأمرين أو الامور ، كما إذا علنا فسق أحد الرجلين مع احتمال فسق الآخر - أيضاً - وكان كلاهما ماسقاً في الواقع ، فان متعلق العلم - هنا - هو أحد الفسقين على نحو الانهاك والاجمال ، لعدم تعيينه في الواقع . وإذا أمكن تعلق الصفات الحقيقية ذوات الاضافة بأحد الأمرين أو الامور أمكن ذلك في الامور الاعتبارية - أيضاً - جزماً .

ومقامنا هذا نظير الواجب التخييري ، فانه إذا اكراه أحد على الاثنان بأحد الأمرين أو اضطر الى ذلك كان الاكراه أو الاضطرار على الجامع ، لاعلى خصوص كل فرد من الأفراد ، وهذا المعنى لا يتنافى وجود الطبيعة الكلية

في ضمن كل فرد من الأفراد فان لازم ذلك أن كل فرد مصداق للمكره عليه لأن يكون بنفسه مكرهاً عليه ، للفرق الواضح بين تعلق الاكراه بشئ ببداءة وبين تعلقه بواسطة الكلي ، فان احتيار أى فرد من الأفراد بعد تعلق الاكراه بالكلي من باب الاضطراب

ومن هنا اتضح لك العارق بين الاكراه على بيع الدار ، وبين الاكراه على تطبيق احدى الزوجتين ، أو عتاق أحد العبدین ، بدیهة أن الأول بنفسه مورد للاكراه دون الثانى ، فان مورد الاكراه فيه هو الجامع ، وأما كل من الخصوصيتين فهو غير واقع تحت الاكراه .  
وقد ظهر لك مما بيناه فساد ما ذكره المحقق الإيروانى من أن الأشخاص تعد مكرهاً عليها بالاكراه على القدر المشترك .

وإذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم : أنه إذا تعلق الاكراه بالقدر المشترك بين الفعلين ، فاما أن يكون كلاهما من المحرمات التكليفية أو يكون كلاهما عقداً أو يكون أحدهما عقداً والآخر محرماً ، أو يكون أحدهما عقداً والآخر مباحاً أو يكون أحدهما محرماً والآخر مباحاً

فان كان كلا الأمرين حراماً تكليفاً - وكانا متساويين في ملاك التحريم ولم يكن أحدهما أشد مبغوضية من الآخر في نظر الشارع - كان المكروه (بالفتح) مخيراً في اختيار أى منهما ، ضرورة أن نسبة المكروه عليه - وهو الجامع - الى كل منهما على حد سواء .

وإن اختلفت الأمور ولم تكن متساوية الأقدام في ملاك التحريم ، فانه - وقتئذ - لابد وأن يختار ما كان أقل مبغوضية .

ومثال ذلك ما إذا اكراه شخص على شرب أحد الاناثين ، وكان أحدهما نجساً والآخر نجساً ومضروباً - معاً - فان الاكراه - هنا - انما يتعلق بشرب النجس

فلا يجوز للمكره ( بالفتح ) أن يشرب ما هو مفصوب ويجس .  
وهكذا لو أكره شخص على شرب أحد المائعين ، وكان أحدهما خمرأ  
والآخر متجساً ، فإنه لا يسوغ له أن يختار شرب الخمر ، لعدم كونه بالخصوص  
مورد الإكراه ، بل لا بد له من اختيار ما يكون ملاك المعنوية فيه أقل وأخف  
وقد انجلي لك عما ذكرناه أنه إذا أكره شخص على أحد الفعلين وكان  
أحدهما مباحاً والآخر حراماً لم يكن المكره عليه مخيراً في الاثنان بأى منهما  
بل لا بد له من اختيار المباح ، كما إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين  
وكان أحدهما ماء والآخر خمرأ لم يجوز له شرب الخمر - حيثئذ - بزعم تعلق  
الإكراه به بواسطة تعلقه بالقدر المشترك بينهما .

وإن كان كلا الأمرين عقداً أو إيقاعاً ، أو كان أحدهما عقداً والآخر  
إيقاعاً فإن كان الأثر مترتباً على أحدهما دون الآخر - بأن أكره على البيع  
الصحيح أو الفاسد ، واختار المكره ( بالفتح ) إنشاء البيع الصحيح - حكم  
بصحته ، لأنه لم يصدر من المكره كرهاً بل بإمضاء منه باختياره و طيب  
نفسه ، فلا وجه لبطالانه .

وإن كان الأثر مترتباً على كل منهما - من غير أن يختص أحدهما بخصوصية  
زائدة - كان الجامع بالنسبة إليهما متساوياً الأقدام ، - وحيثئذ - فيصير كل  
واحد من الأمرين مصداقاً للمكره عليه : أعنى به الجامع . وقد عرفت أن  
مجرد كون الشيء مصداقاً للمكره عليه وإن لم يوجب ارتفاع الحكم ، ولكن  
حيث كان المكره ( بالفتح ) مضطراً إلى اختيار أحدهما فارتفع عنه الحكم من  
من جهة الاضطرار .

وبعبارة أخرى : أن الإكراه قد تعلق بداءة بالقدر المشترك بين  
الأمرين ، والقدر المشترك لا يتحقق إلا في ضمن أحدهما ، لاستحالة وجود

الطبيعي في الخارج بدون أفرادهِ وإذن فالمسكرة مضطر الى ابتعاد أحد الأمرين  
لأعلى التمين ، لأن تركها معاً يستلزم توجه الضرر عليه ، ومن الظاهر أن  
الاضطرار يوجب ارتفاع الحكم الوضعي والتكليفي ، كما أن الإكراه يوجب ذلك .  
لا يقال : إن الاضطرار الى إيقاع عقد أو معاملة لا يوجب ارتفاع  
أثرهِ - كما تقدم - فكيف يحكم بالبطلان في المقام من جهة الاضطرار .

فانه يقال : فرق واضح بين مانع فيه ، وبين مانع ، حيث إن  
الاضطرار - هناك - انما نشأ من الجهات الخارجية ، كالانفاق للزوجة ، وعلاج  
المريض ، وبناء الدار ، وخياطة الثوب ، وأشباه ذلك ، ويسع الدار - مثلاً -  
وسيلة الى دفع الاضطرار .

وهذا بخلاف المقام ، فإن الاضطرار فيه قد نشأ من الإكراه ، وهو  
متفرع عليه ، ومن ثم كان الحكم بالبطلان في المقام موافقاً لامتثال بخلاف  
مانع .

وإذا أكره على أحد الفعلين ، وكان أحدهما مباحاً - كشرب الماء -  
والآخر معاملة - كبيع الدار - واختار المسكرة (بافتح) المعاملة لم يحكم بطلانها  
بداهة أنها لم تكن بمخصوصها مورداً للاضطرار . ولا متعلقاً للإكراه ، اذ كان  
للمسكرة أن يختار شرب الماء ، فاختياره بيع الدار ناشئ من الرضاء وطيب  
النفس .

ومن هنا انضح لك حكم مالو أكره على الجامع بين البيع الصحيح والبيع  
الفاسد ، فإن ما تعلق به الإكراه - أعني به الجامع - لا أثر له لكي يرفع بالإكراه  
وماله الأثر - وهو الصحيح - لا إكراه عليه حتى يوجب ارتفاع أثرهِ وإن كان  
هو أو مقابله مالا يبد من تحققهِ ، ولكنك قد عرفت أن مجرد الالابدية لا يوجب  
تحقق الإكراه ، وإنما يوجب تحقق الاضطرار ، ومن الواضح أن الاضطرار

كما يندفع باختيار الفرد الصحيح كذلك يندفع باختيار الفرد الفاسد أيضاً .  
وعليه فاختيار الفرد الصحيح إنما نشأ من الرضاء وطيب النفس ،  
فيحكم بصحته .

وقد اتضح لك عما ذكرناه : أنه لو اكراه شخص على إيجاد أحد  
الأمرين ، إما بيع شيء من أمواله ، أو أداء مال مستحق عليه فاختار المكره  
( بالفتح ) البيع لما حكم بطلانه .

وكذا لو اكراه الرهن - عند حلول أجل الدين - على بيع العين المرهونة  
أو بيع غيرها مما لا يستحقه المرتن واختار الرهن الثاني لحكم بصحته .  
ومن هنا علم أنه لو اكراه أحد إما على بيع داره أو على بيع دار صاحبه  
فضولا فباع دار نفسه ، فإنه لا يحكم بفساده ، إذ لا يحذور عليه - هنا - في إنشاء  
البيع الفضولي ، لأن هذا لا يعد تصرفاً في مال غيره لكي يكون من قبيل  
الاكراه على أحد الأمرين الذين يكون أحدهما مباحاً والآخر محرماً بل هو  
بمنزلة الاكراه إما على بيع الدار ، أو على شرب الماء ، فإذا اختار بيع الدار  
وترك شرب الماء حكم بصحته ، لأنه لم يصدر إلا من الرضاء وطيب النفس  
لأمن الجبر والاكراه .

وإذا اكراه على أحد الأمرين مع كون واحد منهما معاملة - كبيع الدار -  
والآخر حراماً - كشرب الخمر أو ترك واجب كالصلاة ونحوها - فالكلام  
فيه يقع في جهمتين : الأولى في الحكم التكليفي . والثانية في الحكم الوضعي :  
أما الجهة الأولى فلا شبهة في حرمة الاقدام على الحرام وترك المعاملة  
بداهة أن البيع بنفسه أمر مباح كسائر المباحات الشرعية ومن الواضح أنه  
لا يسوغ ترك المباح والاقدام على الحرام عند دوران الأمر بين ارتكاب  
أحدهما ، إذ الحرام ليس بنفسه مورداً للاضطراب ولا متعلقاً للاكراه ،

بل يمكن التفصي عنه بفعل المباح ، وقد عرفت ذلك فيما سبق .  
 أما الجهة الثانية فالظاهر أن يحكم بطلان البيع مع الاقدام عليه لصدوره  
 من المكروه كرهاً ، لأمس الرضاء وطيب النفس فيشملة دليل رفع الاكراه .  
 وبعبارة اخرى أنه اذا اكراه أحد إماماً على فعل الحرام أو على بيع داره  
 - مثلاً - وترتب الضرر على ترك المكروه عليه - كان متعلق الاكراه هو البيع  
 فقط ، بداهة أن الاقدام على الحرام بنفسه ضرر مترتب على ترك البيع ،  
 واذن فيرتفع أثر ذلك البيع بحديث الرفع . وإلى هنا انتهى الكلام في الأفراد العرفية

### بحث في الاكراه على أحد الأمرين الطويلين

أما الناحية الثانية - : أي البحث في الأفراد الطويلة - فهل يجري  
 فيها جميع ما أسلفناه في الأفراد العرفية أم كان حكم الاكراه والاضطرار  
 - هنا - منحصراً بالفرد الأخير أم يفصل بين المعاملات والمحرمات ،  
 فيحكم بحرمة المبادرة إلى فعل المحرمات ويجوز الاقدام على المعاملات ؟ .

ذهب شيخنا الأستاذ إلى الأخير واليك نص مقرر ببحثه : ( والظاهر  
 في هذه الصورة ( : أي في الاكراه على الأفراد الطويلة ) الفرق بين المحرمات  
 والمعاملات ، فهو كان مكرهاً ، أو مضطراً إلى شرب الخمر موسعاً فلا يجوز  
 له المبادرة إليه في أول الوقت ، سواء احتمل التخلص منه لو أخره أم لم يحتمل  
 إذ لا بد من ارتكاب المحرم من المسوّغ له حين الارتكاب ، فإذا لم يكن حين  
 الشرب ملزماً باختياره فعلاً لا يجوز له . . . . وأما لو كان مكرهاً في بيع  
 داره موسعاً فهو كان مأبوساً من التخلص عنه فاقدامه على البيع في أول الوقت  
 لا يخرج عنه الاكراه ، وأما لو احتمل التخلص فهو باع أول الوقت فهو مختار  
 والفرق واضح ) .

وقد ذكر في محث التزاحم من علم الأصول : أنه اذا كانت القدرة في

كل من الواجبين شرطاً عقيباً وكان أحد الواجبين أم من الآخر ، فيقدم فيه الأمر على غيره .

والسرفه أن الأمر بما هو كذلك يصلح أن يكون معجزاً مولوياً للمكلف عن الطرف الآخر ، دون العكس ، فتكون نسبة الأمر إلى غيره كنسبة الواجب إلى المستحب أو المباح ، فكما لا يمكن أن يكون المباح أو المستحب مزاحماً للواجب كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحماً للأمر ، ولا يفرق في ذلك بين كون المتزاحمين عرضيين ، وبين كونها طوليين ، كما لا فرق بين كون خطاب كل من المتزاحمين الطولين فعلياً وبين كون أحدهما فعلياً ، دون الآخر مع تمامية ملاكه .

أقول : أما ما أفاده من القاعدة الكلية في مزاحمة الأمر والمهم فهو متين جداً . وقد قررناه في المبحث المذكور من علم الأصول .

أما ما ذكره من التفصيل بين المعاملات وغيرها فلا يرجع إلى معنى محصل مداهمة أن الاتيان بالفرد المتقدم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكروه عليه ولا المضطر إليه لكي يرفع حكمه ، سواء أكان ذلك من قبيل المعاملات ، أم كان من قبيل الأمور المحرمة ، فإن الذي يقترب عليه الضرر إنما هو ترك المجموع ، لا ترك خصوص الفرد الأول ، وعليه فلا ملزم له في فعله .

نعم إذا تركه لزمه الاتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه .

وعلى هذا فلو أكره أحد على بيع داره إما يوم الجمعة ، أو يوم السبت فيبادر إلى بيعها يوم الجمعة فإنه يحكم بصحة هذا البيع ، لصنوده من الرضاء وطيب النفس .

وكذا إذا أكره على فعل المحرم أما يوم الجمعة ، أو يوم الخميس ، فإنه

لا تجوز المبادرة الى فعل ذلك يوم الخميس ، إلامانع من توجه النهي الى المكره - عندئذ - وعليه فتعلق الاضطراب في الأفراد الطولية انما هو الفرد المتأخر فقط ، سواء في ذلك المعاملات وغيرها .

## ما هو حكم الاكراه على ترك احد

الواجبين ؟

لا يخفى عليك : ان ماذكرناه في الأفراد العرضية والطولية جار في الواجبات أيضاً .

ومثال ذلك : أنه اذا اضطر أحد الى الافطار ، أو اكره عليه إما في اليوم الأول من شهر رمضان ، أو في اليوم الثاني منه ، فانه لا تجوز له المبادرة الى الافطار في اليوم الأول منه لعدم كونه مورداً للاكراه لئلا يكون مشمولاً لحديث الرفع ، اذ لا يقترب الضرر على تركه ، وانما يخاف من ترتب الضرر على ترك الافطار في اليوم الثاني بعد فرضائه صام في اليوم الأول ، فالصوم في اليوم الثاني هو الذي لا يقدر المكلف عليه ، دون الصوم في اليوم الأول . وبيان آخر : أن كل يوم من أيام شهر الصيام له حكم خاص ، ووجوب مستقل لا يمس بوجوب يوم آخر من تلك الأيام ، ومن الواضح أن عجز المكلف عن صوم يوم لا يرفع التكليف من صوم يوم آخر ، وعليه فلا بد في كل يوم من ملاحظة حال المكلف ، فان تمكن من صومه وجب عليه ذلك ، لفعلية الأمر بفعلية موضوعه ، والا فلا .

ومن هنا اذا اكره أحد على الافطار في شهر رمضان اما في العشرة الأولى أو في العشرة الثانية لم يقل أحد بكون المكلف مخيراً في ذلك ، بل



يجب عليه الصوم الى أن يتعين عليه اتمام يوم غاص .  
ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز ترك الواجب مطلقا - عند دوران الأمر  
بين تركه وترك الواجب المتأخر - يختص بالواجبات الاستقلالية .  
أما الواجبات الضمنية فلا يجرى فيها ذلك .

وبيانه : أنه متى تضرر الاتيان بأحد أجزاء الواجب أو قيوده سقط  
أصل الواجب ، لكون وجوب الأجزاء ارتباطياً ، وعدم تمكن المكلف  
من الاتيان بالواجب بتمامه . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الجزء المتضرر  
متعيناً ، أو مردداً بين أمرين أو أمور .

فاذا اكراه المكلف على ترك جزء في الركعة الاولى ، أو الركعة الثانية  
كان مقتضى القاعدة هو سقوط وجوب أصل الصلاة ، لعدم التمكن من  
الاتيان بتمام اجزائها .

ولكن حيث علمنا أن الصلاة لا تسقط بحال (١) فقد علمنا بوجوبها  
في الحالة ، وعليه فيدور الأمر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأول ، وبين  
أن يكون هو الجزء الثاني . وحيث أن استفدنا من دليل الجزئية أن العبوة  
- في اعتباره في الواجب - بالقدرة عليه في ظرف اعتباره فلا بد من أن  
يكون الساقط هو الجزء المتأخر ، وذلك كما إذا دار الأمر بين ترك القيام في  
الركعة الاولى ، وتركه في الركعة الثانية ، فانه - عندئذ - يلزم القيام في الاولى  
لما ورد (٢) من أن المصل إذا قوى فليقم .

(١) الأصل في ذلك ما رواه زرارة في المستحاضة - عن الصادق « ع » من  
أنها تصلى ، ولا تدع الصلاة على حال ، قال النبي « من » قال : الصلاة عماد دينكم .  
صحيح . الوسائل ١٥٦ من أبواب الاستحاضة .

(٢) عن حميد بن دراج قال : سألت ابي عبد الله « ع » ما حد امر من ...

وإن لم يثبت ذلك وصلت التوبة الى الاصل العمل ، وهو يقتضى التخيير  
لأننا نعلم باعتبار أحد الأمرين لاجالة ، ولكن نشك في اعتبار خصوص  
الأول فيدفع احتمال اعتباره ماصالة البراءة .

وهذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد دوران الأمر بين ترك جزء  
وترك جزء آخر ، وكذلك بين ترك جزء وترك شرط ، أو ترك شرط  
وترك شرط آخر .

هذا كله فيما إذا لم يعلم من الخارج تعيين الأحذ بأحدهما ، وإلا لم الأخذ  
به ، ويسقط الآخر . وذلك كما إذا دار الأمر بين الوقت وغيره ، أو بين  
الظهور وغيره ، فانه حينئذ لا إشكال فى أن الساقط يكون غير الوقت والظهور .  
كما أنه إذا دار الأمر بين الظهور والوقت كان الساقط هو الوقت ونعم الكلام فى محله

## ما هو حكم اكراه أحد الشخصين

على فعل واحد ؟

قد ذكر المصنف : ( أن اكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى  
إلزامه عليهما كفاية وإيادهما على تركه كاكراه شخص واحد على أحد الفعلين فى كون  
كل منهما مكرها ) تحقيق ذلك : أن الاكراه قد يتعلق بفعل محرم ، وقد يتعلق بمعاملة  
أما الأول فكاكراه أحد الشخصين على فعل محرم والإياد على تركه  
بالضرر ، فان علم أحدهما أو اطمأن بأن الآخر لا يفعله - إما لتكته من دفع  
الضرر المتوجه عليه ، أو لتوطين نفسه عليه - جاز له الاتيان بالمكره عليه  
لخوفه من توجه الضرر عليه بل لو احتمل احتمالا عقليا بأن الآخر يفعله ،  
نخاف من الضرر على تركه جاز له الارتكاب لدفع الضرر عن نفسه . أما إذا

- الذى يصل صاحبه قاعدا ؟ فقال : إن الرجل ليوعك ويهرج ، ولكنه يدا  
قوى فليقم . صحيح . الوسائل باب ٦ من أبواب القيام فى الصلاة .

علم أو اطمأن بأن الآخر يرتكب المكروه عليه إما لعدم مبالاته في الدين أو خوفاً من توجه الضرر عليه حرم عليه ارتكابه .

والسر في ذلك أن الأحكام الشرعية وإن كانت مجمولة على نحو الكلية ولكنها منقطة إلى الأحكام الجزئية باعتبار تعدد موضوعاتها الشخصية . وعليه فكل فرد من أفراد المكلفين له حكم مستقل غير مربوط بحكم المكلفين الآخرين ، وحيث قد فني مانع من إن غلب كل واحد من الشخصين من ترتب الضرر على تركه ارتكاب الحرام شمله حديث الرفع ، وبحكم باباحة الفعل للصادر منه ولا يكون مشمولاً لدليل التحريم ، فيحكم بجرمة ما ارتكبه من الفعل . أما الثاني فقد يكون متعلق الإكراه عقداً واحداً ، وقد يكون متعلقه عقدين ؛

أما الأول فلا شبهة في بطلانه . كما إذا اكراه الجائر أحداً من الوكيل أو الموكل على بيع غاص .

ووجه البطلان : أن الوكيل والموكل وإن كانا متعددين خارجاً ولكن الصادر من أي منهما يملوك لشخص واحد ، وهو الموكل ، وعليه فتعلق الإكراه أمر وحداني غير متعدد بتعدد الأشخاص . وإذن فشان ذلك شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد .

ومن هنا انضح لك الفارق بين مانع فيه وبين ما تقدم : أعني به إكراه شخص واحد على أحد العقدين ، بداهة أن بطلان العقد - هناك - من جهة الاضطراب إلى أحد اليمينين بخلافه - هنا - فإن البطلان فيه من جهة الإكراه وهذا واضح .

أما الثاني فيأتي فيه ما ذكرناه في إكراه أحد الشخصين على فعل محرم ، وعليه فإن علم كل منهما أو اطمأن بصدور العقد من الآخر حكم بصحته إذا

صدر منه ، لعدم كونه مكرهاً في فعله وترتب عليه جميع آثاره الوضعية والتكليفية .

وإن علم أو لطمان أو احتمال احتمالاً عقلياً بأن الآخر لا يفعله حكم بإطلاقه ، لأنه صدر منه كرهاً ، فيكون مشمولاً لحديث الرفع .  
وقد ظهر لك بما ذكرناه : أنه لا وجه للأخذ بإطلاق كلام المصنف ، والحكم بأن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد كما إكراه شخص واحد هل أحد العاملين في كون كل منهما مكرهاً ، فلا حظ وتأمل

## بحث في بيان متعلق الإكراه

قوله : ( واعلم أن الإكراه قد يتعلق بالمالك ) أقول : قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد ، وقد يتعلق بالمالك ، دون العاقد ، وقد يتعلق بالعاقد دون المالك .

أما الأول فقد تقدم تفصيله - آنفاً - وعرفت - أنه يحكم بإطلاق العقد الإكراهي ، لحديث الرفع .

أما الثاني - كالاكراه على التوكيل بطلاق زوجته ، ووقع الطلاق من الوكيل من غير إكراه - فلا شبهة في عدم استناد الطلاق - عدتد - إلى الزوج لحديث الرفع ، وعليه فيكون التوكيل بمنزلة المدم ، لتحققه بدون رضا الموكل .

وعلى هذا فإن لم تلحق الإجازة بالطلاق حكم بفساده جرمياً ، وإن لحقت به الإجازة فإن قلنا بصحة الإبقاعات الفضولية حكم بصحة الطلاق ، وإلا فلا .

ولا يفرق في ذلك بين لحوق الرضاء والاجازة بالتوكيل الاكراهي وعدمه  
أما بناءاً على كون الاجازة ناقلة فواضح ، بديهية أن التصرفات الصادرة  
من الوكيل قبل اجازة الموكل بمزلة التصرفات الصادرة من الاجانب ، غاية  
الامر أنه بعد التحاق الاجازة بالوكالة حكم بصحة الوكالة ، ولا تحتاج الى  
التوكيل ثانياً .

أما بناءاً على كون الاجازة كاشفة فان الطلاق وان لم يكن فضولياً  
بالمعنى المصالحح عليه إلا أنه فضولى حقيقة ، فانه قد صدر عن توقف وكالته  
على الاجارة ، وقد فرضنا أن الإيقاع لا يصح بالاجازة .  
وعلى الجملة : إن صدور العقد أو الإيقاع من الوكيل بالرضاء وطيب  
النفس لا يكفي في صحة ذلك مع كون التوكيل إكراهياً .

أما الثالث - وهو إكراه العاقد - فقد ذكر المصنف رحمه الله أن  
( الأقوى - هنا - الصحة لأن العقد - هنا - من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه  
سوى القصد الموجود في لمكروه إذا كان عاقداً ، والرضاء المعتبر من المالك  
موجود بالمرض . فهذا أولى من المالك المكروه على العقد إذا رضى لاحقاً ) .  
والتحقيق : أن - هنا - صوراً :

الأولى : أن يكون الاكراه من المالك ، وكان العاقد مكراً عليه في  
انشاءه . والظاهر أنه لا إشكال في صحة العقد - حيثئذ - فان المعتبر في صحة العقد  
أن يصدق عليه أنه تجارة عن تراض من المالكين ، كما يدل عليه قوله تعالى :  
« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل (١) » ، فلا أثر لرضاء الأجنبي وعدمه  
والعاقد غير المالك أجنبي ، فلا أثر لعدم رضاه ، وكونه مكراً في انشاء العقد  
وقد يتوهم : أن حديث الرفع يدل على عدم ترتيب الأثر على هذا العقد

ولكنه توهم فاسد ، ضرورة أنه ليس - هنا - أثر مترتب على فعل المكروه عليه بالاضافة اليه حتى يرتفع بمحدث الرفع . أما بالنسبة الى المالك فلا اكراه على أن رفع الأثر بالاضافة الى المكروه عليه بخلاف الامتنان .

الثانية : أن يكون الاكراه من غير المالك لغير الوكيل من المالك ، والعقد في هذه الصورة فضولي ، فتتوقف صحته على الاجاره والوجه فيه ظاهر .

الثالثة : أن يكون الاكراه من غير المالك ، ولكن المكروه يكون وكيلاً مفوضاً من قبل المالك ، والظاهر : أن يحكم بطلان المعاملة في هذه الصورة فيما اذا لم يعلم رضاه المالك بالعقد ، وذلك لأن المعتبر في صحة العقد هو استناده الى المالك ، فلو لم يكن الوكيل مكرهاً كان رضاه بمنزلة رضاه المالك وانفس العقد اليه . أما اذا كان الوكيل مكرهاً فهو غير راض بالعقد ، والمفروض أنه لا يكشف آخر من رضاه المالك .

نعم اذا علم رضاه المالك حكم بصحة العقد ، لأن رضاه الوكيل اما يعتبر بما أنه طريق وكاشف من رضاه الموكل من جهة توكيله ، فلو علم رضاه الموكل مع صدور العقد من الوكيل حكم بصحته .

ومن هنا اتضح لك : أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بالجنون ، لأن المجنون مسلوب العارة ، فلا تأثير في عقده ، وهذا بخلاف المكروه ، فإنه ليس بمسلوب العارة

## بحث في الاكراه على بيع عبد من عبيدين

قوله : ( فرع ولو اكراهه على بيع واحد غير معين من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما ففي التذكرة اشكال ) . أقول : العقد الصادر من المكروه ( بالفتح ) قد يكون متحداً مع ما تعلق به الاكراه ، وقد يباينه ، وقد يزيد عليه ، وقد ينقص منه فهنا صور :

أما الصورة الأولى فقد تقدم الكلام فيه .  
أما الصورة الثانية فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد فيها لأن ما يتعلق به الاكراه لم يتحقق في الخارج ، وما تحقق فيه ليس بمكره عليه ، وذلك كما اذا اكراهه على بيع داره فباعه كتابه .

ثم اذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره ( بالكسر ) به فيرفع اليد عن اكراهه كان باطلا لا محالة ، وذلك لفقدانه طيب النفس ، وأنه من جهة الاضطرار .

وبعبارة اخرى : أنه اذا كان بيع الكتاب لأجل أن يرفع المكره يده عن الاكراه على بيع الدار نعيماً - ورضى ببيع أحد الأمرين من الدار والكتاب ، وقد رضى المكره ( بالكسر ) - أيضا - بذلك - كان البيع - الواقع - بغير طيب النفس لا محالة ، فيحكم بفساده .

أما الصورة الثالثة فقد يقع العقد فيها تدريجاً - كما اذا اكراهه على بيع أحد عبيده فباع أحدهما ، ثم باع الآخر - وقد يقع دفيعاً ، كما اذا باعها دفعة واحدة :

أما اذا باعها تدريجاً فلا شبهة في بطلان البيع الواقع أولاً ، ضرورة أن المكره عليه إنما هو عنوان أحدهما ، ومن الواضح أن انطباقه على أول أمر قهرى .

أما البيع الثاني فيحكم بصحته جزئاً ، اذا الاكراه قد ارتفع بالبيع الأول فيقع الثاني برضاء المالك ، وطيب نفسه . وهذا ظاهر .

ولكن احتمل المصنف : أنه يرجع الى البائع في استيضاح المكره عليه وميزه من غيره ، سواء ادعى البائع العكس أم لا .

ويتوجه عليه : أنه لم يبق موضوع للاكراه بعد تحقق العقد الأول

لكي يحتمل وقوع العقد الثاني عن كره حتى يرجع الى البائع في التعيين ، بل لا يبعد صحة البيع الثاني حتى فيما اذا كان يبيعه منفردا على الاكراه ، ومن تبعات البيع الاول كما اذا اكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى الباب فباعه ، ثم باع المصراع الثاني فان بيع المصراع الثاني وإن كان لأجل عدم الانتفاع به وحده ، ومن تبعات البيع الاول ، لكنه حيث وقع عن الرضا ، وبغير الكره فيحكم بصحته . أما اذا باع المكره عليه وغيره دفعة - كما اذا باع العبدین مرة واحدة - فان لم يكن البيع من جهة الاكراه ، بل كان من جهة طيب النفس - كما اذا مرضنا أنه كان راغبا الى بيع عبديه فأكرهه الجائر على بيع أحدهما فاغتنم الفرصة فباعهما - فلا اشكال في صحة البيع

أما اذا كان البيع من جهة الاكراه ، ولولاه لم يكن يقدم عليه ففي صحته أو فساده مطلقاً ، أو الصحة في غير المقدار المكره عليه وجوه .

قد ذهب المصنف الى صحة البيع في المجموع بدعوى أن ما تعلق به الاكراه لم يقع في الخارج ، وما وقع فيه لم يتعلق به الاكراه

ولكنه يندفع بأن يبيع المجموع وإن لم يقع عن إكراه إلا أن يبيع أحدهما وقع عن إكراه لا محالة ، ولولاه لم يقدم على البيع أصلاً - كما هو المفروض - فلا وجه لصحة البيع في الجميع .

أما وجه الفساد مطلقاً فهو أن المكره عليه لاثنتين له في الواقع ، وأن نسبته الى كل من الفردين على حد سواء ، والحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح .

ولكن الصحيح أن يحكم بفساد البيع بالنسبة الى المقدار المكره عليه ويحكم بصحته بالنسبة الى المقدار الزائد عليه ، ويتعين الفساد بالقرعة .

قيل : إن القرعة انما يرجع اليها فيما اذا كان المطلوب متميماً واقفاً ومجهولاً



ظاهراً ، ومن الواضح أن المكره عليه مردد بين الأمرين ظاهراً وواقعاً من غير أن يكون له تعيين في مرحلة من المرحلتين .

والجواب عن ذلك ، أن مورد القرعة غير منصرف فيما ذكر ، بل هي تجري في كل أمر مشكل أو مشبه ، لاطلاق أدلتها ، ومن هنا أطبق الفقهاء رضوان الله عليهم على الرجوع الى القرعة فيما اذا طلق شخص أحدي زوجاته من غير تعيين ، مع أن المطلقة لاثنين لها ، لا واقعاً ، ولا ظاهراً ، ومقامنا من التقييل المذكور .

ونظير ما ذكرناه من التفصيل قد وقع في المحرمات أيضاً ، كما اذا أكره الجائر أحداً على أن يشرب اما الخمر ، أو البول فشربها ، فانه يعاقب على أحد الشرين جزماً لوقوعه بالارادة والاختيار .

أما الصورة الرابعة - وهي بيع ما يكون نقص من المكره عليه - فالتحقيق فيها : أن البيع المزبور قد يكون مستنداً الى الرضاء وطيب النفس بحيث لو لم يكن في البيع اكراه - أيضاً - لكان راضياً ببيعه ، ولا شبهة في صحة ذلك .

وقد يكون بيع النصف لرجاء أن المكره ( بالكسر ) يكتفي بذلك ، ولا يكرهه على بيع مجموع الدار ، ولا شبهة في بطلان البيع - وقتئذ - لحديث الرفع ، بداهة أن الاكراه شامل لبيع كل جزء من أحد ا. الدار على سبيل الاستفراق ، وعليه فيكون الاكراه على بيع مجموع الدار اكراهاً على بيع نصفها .

نظير مالوا كره أحد على بيع دارين فباع أحدهما ، فانه لا شبهة في الحكم بوقوعه عن اكراه . ولا وجه للفرق بينه وبين مالوا كره على بيع دار واحدة فباع نصف تلك الدار .

وقال المصنف : ( وفي سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر ) .

ولعل وجه النظر هو أن ما عمن فيه من قبيل ما لا يعلم إلا من قبل المدعى فتسمع دعواه .

ومن أن الظاهر أن هذا العقد واقع باختباره فلا تسمع دعواه الإكراه ولكنك قد عرفت : أن الإكراه على المجموع إكراه على بعضه خراجاً والإكراه بنفسه أمانة على عدم وقوع البيع عن الرضاء وطيب النفس .  
وظاهر ذلك : ما إذا أكره الجائر أحداً على شرب كبة خاصة من الخمر فشرب نصفه برضاء أن يقتنع المكروه ، ويرفع اليد عن إكراهه .

## بحث فيما ذكره العلامة في التحرير

قوله : ( بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير ، قال في التحرير : لو أكره على الطلاق ، فطلق ناوياً بالأقرب وقوع الطلاق انتهى ) . أقول : قبل التعرض لشرح كلام العلامة ، وبيان محتمه أو بطلانه يحسن بنا التعرض لصور المسألة ، واليك مايلي :

- ١ - أن يكون الطلاق الصادر من المكروه ( بالفتح ) مقترناً بالرضاء وطيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه ، بل يقتزن الطلاق بالإكراه زماناً فقط . وذلك كما إذا بي الزوج على طلاق زوجته وأكرهه الجائر عليه مع جهله بحاله فإنه لا شبهة - حيثئذ - في صحة طلاقه لو وقوعه عن الرضاء
- ٢ - أن يستند صدور الطلاق إلى الكره ، وأوقمه المكروه ( بالفتح ) خوفاً من الضرر المتوقع عليه . ولكن مع ذلك ليس قصد المكروه إلا إيقاع

الطلاق حقيقة . إما من ناحية الجهل بطلان طلاق المكره ، أو من جهة الاعتقاد بصحة طلاقه (١) .

وقد تردد المصنف في الحكم بصحته وفساده ، ثم قال : إلا أن تحقق الاكراه أقرب .

والظاهر أن يحكم بطلان الطلاق - هنا أيضاً - لأن المناط في صحة العقود والایقاعات صدورهما عن الرضاء وطيب النفس ، ومن الظاهر أن الطلاق المزبور ليس كذلك .

وتدل على ما ذكرناه صحة البرزخى عن أبي الحسن (عليه السلام) في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ، فقال : لا ، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وضع عن أمي ما أكرهوا عليه (٢) .

ووجه الدلالة هو أن الحلف بالطلاق والعتاق والصدقة . وإن كان باطلا عندنا مع الاختيار - أيضاً - إلا أن استنهاد الامام (عليه السلام) - على عدم وقوع الامور المذكورة - بحديث الرفع دليل على بطلان الطلاق الاكراهي . وهذا ظاهر .

ثم انه لا يفرق في بطلان الطلاق عن كرهه بين أن يرجع الضرر المتوقع عليه الى نفس المكره (بالفتح) ، أو الى عرضه وشرفه ، أو الى ماله ، أو الى من يهيم أمره من عشيرته وأقاربه ونحو ذلك ، كأن يقول الجائر لأحد : طلق زوجك ، والاقتلك ، أو قتل ابنك ، أو عشيرتك أو أخذت أموالك ، أو يموت به بأشياء ذلك مما يضر المكره (بالفتح) .

أما اذا لم يكن الضرر راجعاً الى المكره (بالفتح) كما اذا قال له الأجنبي :

(١) كما عن الحنفية . وقد ذكر ما رايهم في ص ٢٨٢ .

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب الايمان .



والظاهر أنه لاشبهة في صحة الطلاق - عندئذ - لوجود المقتضى : أعمى به الرضاء وطلب النفس ، ولا تقاس هذه الصورة بالصورة السابقة في الحكم بطلانه ، لما عرفته من عدم المقتضى للصحة في الصورة السابقة ، بخلاف هذه الصورة ، فإن ما يقتضى الصحة فيها موجود كما عرفته قريباً .

وقد اتضح لك بما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الاستاذ من أنه : ( حيث لا يمكن تواردهن مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحدة إذا اجتمعتا جزء السبب والفعل يستند إليهما معاً . . . وكل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع ، فلا يؤثر كل منهما الخ ) .

ووجه الظهور أن الاكراه لا يقتضى الفساد لكي يكون المقام من قبيل تواردهن المستقلتين على معلول واحد . بل مع وجود الاكراه ينعدم ما يقتضى الصحة ، وإذا تحقق الرضاء وجد ما يقتضى الصحة ، وعليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشيء مع ما لا يقتضيه ، لامن قبيل تعارض المقتضيين .

ويضاف الى ذلك : أن الحكم بطلان الطلاق - هنا - على خلاف الامتنان ، لكون المطلق راضياً به وغير مهجور عن فعله ، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

هـ - أن يكون الاكراه دامياً إلى وقوع الطلاق ، لاعلة تامة لذلك ، ولاجزء سبب له : بأن استند الطلاق الى الاكراه طويلاً ، كما اذا اكراه على الطلاق ، ولكن وطأن نفسه عليه ، ورضى به من جهة الاكراه تكويناً . ففي هذه الصورة يحتمل الصحة ، لأن الطلاق وقع عن إرادة ورضاء . ويحتمل البطلان ، لأن الشيء يستند الى أسبق علله ، فالطلاق مستند الى الاكراه بالآخرة . ومع الاغماض عنه فلا شك في الصدق العرفي ، وأن

الطلاق وقع مكرماً عليه ، وهذا الاحتمال هو الأقرب . ولعل هذه الصورة هي مراد العلامة ، حيث حكم بصحة الطلاق ناوياً . وافقه العالم .

## هل يصح عقد المكره بالرضا المتأخر ؟

قول : ( ثم المشهود بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما ضله صح العقد ) أقول : قد وقع الخلاف بين الأعلام في أن الرضاء اللاحق بالعقد الإكراهي يوجب صحته أم لا .

فذهب بعضهم إلى الأول ، بل عن الرياض تبعاً للمحدثين أن عليه اتفاق العلماء ، لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النفس . وذهب بعضهم إلى بطلان ذلك لوجوه .

١ - أن الرضاء بالعقد مأخوذ في مفهومه . فإذا فقد الرضاء لم يكن - هنا - عقد أبداً يصححه .

ويرد عليه : أنه لا شاهد لهذه الدعوى من العرف واللغة . على أن لازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولي وعقد المكره محقق من العقود حقيقة مع أنها من العقود بالحل الشايع .

٢ - اعتبار رضا العاقد في تأثير عقده .

ويرد عليه : أن لارمه أن لا يصح عقد المكره بحق ، مع أنه صحيح جزواً . كما إذا أكرمه الحاكم الشرعي على بيع أمواله ليعطي الناس حقه ، أو أكره المحتكر على بيع ما احتكره عند الجماعة ، فإن الإكراه في أمثال ذلك إكراه بحق لا يمنع عن قفاذ البيع .

٣ - أن مقارنة الرضاء للعقد مأخوذة في صحته .

ويرد عليه : أن هذا وإن كان ممكناً في مقام الثبوت ، ولكن لا شاهد عليه في مقام الإثبات ، لأن ما يمكن أن يستدل به على ذلك ، وتقيده المطلقات الدالة على صحة العقود إما الإجماع أو العقل ، أو آية التجارة عن تراض ، أو الروايات الدالة على حرمة التصرف في مال المسلم بدون إذنه ورضاه ، أو حديث الرفع .

ولكن لا دلالة في شيء منها على ما يرومه المستدل : أما الإجماع والعقل فلا تنهما من الأدلة البينة ، ومن الواضح أن القدر المتيقن منها إجماعاً اعتبار مطلق الرضا في صحة العقد أعم من المقارن واللاحق أما الآية المباركة - أو الروايات الدالة على حرمة أكل مال المسلم من دون رضاه - فلا تنها تدل على توقف حلية المال ونقله إلى غيره على تحقق الرضا من المالك . ومن الظاهر أننا نلتزم بذلك بحيث لا نفهم بالحلية إلا بعد الرضا وطيب النفس ، غاية الأمر أننا لا نعصم الرضا بالرضا المقارن ، بل نعممه إلى الرضا اللاحق - أيضاً - بديهية أن التخصيص بخصوص المقارن تقييد للدالة الدالة على اعتبار الرضا في حلية المال ونقله إلى غيره .

وعلى الجملة : إن الظاهر من تلك الأدلة هو أن الرضا معتبر في أصل حلية المال ونقله إلى غيره ، سواء فيه الرضا المقارن واللاحق ، لأنها محتصة بخصوص الرضا المقارن ، بل التخصيص بذلك تقييد لها بلا مقيد . قيل : إن ظاهر الآية المباركة أن التجارة لا بد وأن تكون مسبقة عن الرضا ، وناشئة منه ، وعليه فلا بد من اقترانه بالعقد ، ولا يكفي لحوقه به ، لأنه إذا انعقد فاسداً ابتداءً لم ينقلب بعد ذلك عما هو عليه .

ومن هنا يظهر أنه لا وجه لقياس المقام بالعقد الفضولي المتعقب بالرضا والاجازة من المالك ، فإن العقد الفضولي لا يتنسب إلى المالك إلا حين اجازته

فهو حين ما ينتمى الى المالك ينشأ من طيب نفسه ورضاه . وهذا بخلاف عقد  
المكره ، فانه حين صدوره من المالك وانتسابه اليه قد حكم عليه بالفساد ،  
ولم يصدر منه عقد ثانياً ، وانما رضى بالعقد السابق ، وهو لا ينقلب عما  
هو عليه .

ولكن الصحيح هو تأثير الاجارة اللاحقة والرضاء المتأخر في المقام أيضاً  
بيان ذلك : أن التجارة بالمعنى المصدري وان كان أمراً يحدث ويفنى  
الا أنها بمعنى اسم المصدر له بقاء ، وهذا المعنى أمراً نابهاً للعقد وانما هو ،  
وعليه فالتجارة الصادرة من المكروه اذا تعقبها الرضاء والاجارة يصدق عليها  
أنها تجارة عن تراض .

ومما يدل على ذلك : أن الآية المباركة واضحة الدلالة على أن سبب أكل  
مال الغير منحصراً في أمرين : الأسباب الباطلة ، والتجارة عن تراض ، ولا  
ريب في أنه لا يكون الاكل في محل الكلام أكلاً بالباطل ، فيكون من جهة  
التجارة عن تراض .

ثم إن المصنف قد ألزم بعدم اعتبار مقارنة الرضاء للعقد بأن دلالة آية  
التجارة على ذلك إما بمفهوم الحصر ، أو بمفهوم الوصف :

أما الأول فهو منفي في المقام ، بداهة أن الدلالة على الحصر انما يكون  
اذا كان الاستثناء في تلك الآية متصلاً ومن الواضح أن الاستثناء فيها مقطوع  
إذ التجارة عن تراض ليست داخلة تحت الأسباب الباطلة للتجارة لكي يكون  
خروجها عنها بعنوان الاستثناء المتصل .

أما الثاني فلأن مفهوم الوصف على القول به انما يثبت فيما اذا لم يرد  
الوصف مورد الغالب ، والا فلا مفهوم له . ومن الواضح أن الوصف في  
الآية الشريفة قد ورد مورد الغالب ، لا للاحتراز . انتهى ملخص كلامه .



ويرد عليه أولاً : أن أنكر مفهوم الحصر - هنا - منافي لما استدل هو رحمه الله بالآية المذكورة على لزوم العقود ، ومن المعلوم أن استدلاله بها على ذلك لا يتم إلا على فرض دلالتها على الحصر ، لأن الأكل يفسح العقد لا يحرمه إلا بعدم كونه تجارة عن تراص ، وادن فالأكل المحلل منحصر بالتجارة عن تراص . ثانياً : أما ذكرنا سراراً أن دخول به السبية على كلمة الباطل ومقابلتها - في الآية - مع التجارة عن تراص قريبتان على توجه الآية إلى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها ، كما أن المراد من كلمة الأكل في الآية ليس هو الإرداد الذي هو معناه الحقيقي ، وإنما هي كناية عن تملك مال غيره من غير استحقاق ، وعليه فإن كان الاستثناء في الآية المباركة متصلاً - كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربية - يكون مفاد الآية هو المنع عن تملك أموال الناس بشيء من الأسباب إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراص ، فإن الأكل بغيره باطل ، وسير - حق ، فتدل الآية على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراص .

وإن كان الاستثناء منقطعاً فالآية - ونعتقد - وإن لم تكن ظاهرة في الحصر ابتداءً ، إلا أنه تعالى لما كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات وحصل صحيحها عن فاسدها ، وكان الأعمال محلاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية الكريمة " بالقربية المقامية " ، واذن فالآية الشريفة تدل على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراص ، سواء أكان الاستثناء متصلاً ، أم كان منقطعاً ، وأما غير التجارة عن تراص من سائر أسباب المعاملات فهو باطل .

ومن هنا يظهر أنه لا يتوقف الاستدلال بالآية على اعتبار مقارنة الرضا للمعقد على كون الاستثناء متصلاً - كما هو الظاهر - ولا على الالتزام بمفهوم الوصف

وأن الحكم المذكور في القضية لم يثبت للجامع بين واحد الوصف وفاقده ، كما هو الصحيح - واذن فلا يبقى لمناقشة المصنف مجال ، وعليه فالصحيح ما ذكرناه من أنه لا دلالة في الآية إلا على عدم جوار الأكل مادام التراضي غير موجود ، فإذا وجد الرضاء من الممكروه انقلبت التجارة الى التجارة عن تراض ، فلا يكون الأكل بسببها أكلاً بالباطل .

أما حديث الرفع فلا يدل إلا على عدم ترتب الأثر على بيع الممكروه - مثلاً - مادام الإكراه ، فإذا ارتفع الإكراه ، وتبدل بالرضاء لم يكن مانع من التمسك بالعمومات الدالة على صحة العقود من بيع أو غيره ، فانا حققنا في عمله : أنه إذا ورد عام ثم خصص بمخصص في زمان خاص لم ترفع اليد عن ذلك العام إلا بمقدار دلالة المخصص . وعليه ففي مانع فيه أن صومات صحة المعاملات قد خصصت بحديث الرفع ، ومن الظاهر أننا نرفع اليد عن تلك العمومات بمقدار زمان الإكراه ، ويبقى الباقي تحت العام .

ومع الاعراض عن ذلك نقول : إن حديث الرفع حيث ورد في مقام الامتنان فلا يدل إلا على رفع حكم يكون جملة مخالفاً للامتنان ، ويكون رفعه موافقاً له .

أما إذا كان رفع الحكم مخالفاً للامتنان ، وكان جملة موافقاً له كصحة البيع عند الاضطرار فإن رفع أثر البيع - وقتئذ - مخالف للامتنان ، ووضع موافق له ، فهو لا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

ومن هنا يظهر أنه إذا كان الحكم لا يمد في نفسه وطبعه موافقاً للامتنان ولا مخالفاً له ، بل كانت مخالفته للامتنان وموافقته له باعتبار حصصه وأفراده فلا محالة كان المجمول موافقاً للامتنان ، ويرفع ما هو مخالف له .

ولا شبهة في أن مانع فيه من القيل الثالث ، بديهية أن الحكم بقرب

الأثر على العقد المكره عليه من حين حدوثه بخالف للامتنان فيرتفع بحديث الرفع . ولكن الحكم بترتب الأثر عليه بقاء : أى بعد لحوق الرضا به موافق للامتنان ، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

وبعبارة أخرى : الحكم بصحة العقد غير المقترن بالرضا ، ولا الملحق به بخالف للامتنان ، فهو غير مجسول ، لحديث الرفع .

أما للعقد المكره عليه الملحق بالرضا فلا امتنان في رفع أثره ، والحكم بعدم صحته من حين مارضى المالك به ، فلا يشمل حديث الرفع الوارد في مورد الامتنان .

ثم أجاب المصنف - عن التمسك بحديث الرفع لاعتبار الرضا المقارن في صحة العقد - بوجهين :

الوجه الأول : أن حديث الرفع إنما يرفع المؤاخذه ، لأنه وارد في مقام الامتنان ، ورفع المؤاخذه عن المكلف مئة عليه ، فترفع بحديث الرفع أما الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا راجع إلى أنه أن يرضى بذلك فيكون هذا حاقلاً ، لا عليه ، وحيث أن رفع الأثر عن عقده بعد تعقبه بالرضا على خلاف الامتنان ، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع ، انتهى ملخص كلامه في الوجه الأول .

ويرد عليه : أن المرفوع بحديث الرفع هو نفس المجسول الشرعي المتعلق بالمكره عليه ، أو المترتب عليه من الحكم التكليفي ، أو الوضعي . وعليه فدعوى : أن المرفوع هو المؤاخذه وإلزام المكره بما صدر منه ، دعوى غير صحيحة .

وإن شئت قلت : أن المرفوع بحديث الرفع في العقد الإكراهي هو صحة العقد ، لكنه لأعلى الإطلاق ، لأنه على خلاف الامتنان ، بل مادام الإكراه

بأنها ، فإذا تعقب بالرضا كان مشمو لا للاطلاقات .

أما توقف عقد المكره على الرضا المتأخر فهو لم يكن محمولا حتى يقال أنه حكم له ، لا عليه ، فلا يشمل حديث الرفع ، لأن المرفوع به المؤاحضة والأحكام المتضمنة لازام المكره بشئ .

لوجه الثاني : أن أدلة صحة المعاملات تقتضى باطلاها ترتب الأثر على العقد بمجرد تحققه في الخارج ، وحكومة حديث الرفع على الأدلة المذكورة تقتضى رفع السببية المستقلة عن العقد بمجرد الرضا ، وترتيب هذه السببية على العقد الصادر لاعتراض الكراه ، ولا ينافي ذلك كون العقد جزء السبب ، ووقوف تأثيره على الرضا المتأخر . انتهى ملخص كلامه في الوجه الثاني .

ولكنه ناقش في ذلك بما حاصله : أن المطلقات الدالة على السببية المستقلة إذا قيدت بما إذا صدر العقد من غير إكراه لم يبق - هنا - ما يدل على صحة عقد المكره فيما إذا تعقبه الرضا ، وعليه فالمرجع - عندئذ - هو الأصل وهو يقتضى الفساد .

ثم ذكر : أن حديث الرفع لا يمكن أن يكون حاكما على المطلقات ، فلا مانع من التمسك بها لصحة عقد المكره المتعقب بالرضا .

وبيان ذلك : أن المطلقات قد قيدت بالأدلة الأربعة - المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل ، ومع عدم طيب النفس - بما إذا كان العقد مرضيا به سابقا أو لاحقا ، والا كان الأكل أكلا للمال بالباطل وإذا كان كذلك فتستحيل حكومة حديث الرفع عليها ، وذلك لأن العقد المقرون بالرضا يستحيل عروض الإكراه عليه ، والعقد الملحق بالرضا قد حكم عليه بالصحة بما أنه مكره عليه ، ومثل ذلك غير قابل لأن يشمل حديث الرفع ، فإنه يخص بما

إذا كان الأثر مترتباً على ذات الشيء من غير دخل للاختيار والاكراه فيه ،  
فیرتفع أثره عند الاكراه ، وذات العقد في المقام لا أثر له ، إلا أنه جزء  
السبب المؤثر . ولا يمكن رفع هذا الأثر بحديث الرفع ، هذا ملخص ما أفاده  
قدس سره .

أقول : أما ما أفاده أولاً فيرد عليه : أن مقتضى الاطلاقات هو سببية  
العقد مطلقاً ، لترب الأثر عليه ، لكن حديث الرفع اقتضى عدمه فيما إذا  
لم يكن العاقد راضياً به لاسبقاً ولا لاحقاً على ما عرفته ، فيبقى ما لحقه الرضاء  
تحت المطلقات ، لا أن المرجع هو الأصل الذي يقتضى الفساد  
أما ما أفاده أخيراً فهو مبنى على الالتزام بتقييد المطلقات أولاً بما دل  
على حرمة أكل المال بالباطل ، ثم ملاحظة النسبة بينها ، وبين حديث الرفع .  
ولكن هذا غير صحيح ، قال حديث الرفع في عرض سائر المقيدات  
ونتيجة الكل : أن العقد إذا لم يكن مرضياً به ، لاسبقاً ، ولا لاحقاً  
لم يؤثر أثره

أما إذا كان مكرهاً عليه حدوثاً ، ولكن رضى به المالك بعد ذلك فلا  
دلالة في شيء من المقيدات على إطلاقه ، فيحكم بصحته بمقتضى الاطلاقات

## بحث في أن الرضاء المتأخر كاشف أو ناقل

قوله : ( يبق الكلام في أن الرضاء المتأخر ناقل ، أو كاشف ) أقول :  
بعد البناء على أن الرضاء المتأخر يوجب صحة بيع المسكره قد وقع الكلام بين

الأعلام في أنه كاشف عن صحة العقد من أول الأمر ، أو ناقل من حين تحقق الرضاء ؟ .

مقتضى الأصل هو القول بالنقل ، فإنه يشك في حصول الملكية الى رمان الرضاء ، فالأصل يقتضى عدمه .

أما بحسب الدليل الاجتهادي فقد ذهب المصنف الى القول بالكشف من جهة ماورد في تزويج الصغيرين (١) حيث حكم الامام (ع) بالتوارث

(١) عن أبي عبيدة الخدّاء قال : سألت أبا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدرّكين ؟ فقال : الكاح جائز ، وابهما ادرك كان له الخيار . . . قلت : فإن كان الرجل الذي ادرك قبل الحارية ورعى الكاح ثم مات قبل ان تدرك الحارية اثره ؟ قال : نعم يزل ميراثها منه حتى تدرك فتحتل باقه مادامها الى اخذ الميراث إلا رصاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث وصف المهر . . . صحيح . الكافي ج ٥ من ط ٢ باب تزويج الصبيان من ٤٠١ والتهذيب ج ٢ من ٢٢٣ والرواي ج ١٢ باب ٦٨ ولي العقد من الصغار من ٦٥ . ورواه الشيخ في باب توارث الأرواح من الصبيان من كتاب الميراث من ٤٤٠ عن علي بن فضال ، عن محمد بن علي ، عن السمراد ، عن ابن رثاب عن أبي جعفر (ع) .

واسكن الطاهر : ان ابن رثاب يروي عن الخدّاء ، وهو يروي عن أبي جعفر (ع) - كما عرفت في المصادر المتقدمة - لأن ابن رثاب من اصحاب الصادق (ع) لا الباقر (ع) فالسقط انما هو من قلم النساخ .

وعن الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : العلام له عشر سبعين فيزوجه ابوه في صمراء انحور طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال فقال : اما التزويج فصحيح واما طلاقه . . . قلت فإن مات ، او مات فقال : يوقف الميراث حتى يدرك ايها بنى ثم يحتل باقه مادامها الى اخذ الميراث إلا الرضاء بالكاح ، ويدفع اليه .

بينهما إذا مات أحدهما ، ولكن بعد احلاف الحى على أن امضاءه لعقد النكاح ليس من ناحية الطمع في المال ، بل من جهة رغبته في النكاح .

ولكن يرد عليه : أن الرواية قد وردت في النكاح الفضولى ، والتعدي منه الى سائر المعاملات الفضولية وان كان جائزاً ، لعدم الفارق بينها وبين النكاح من ناحية الفضولية ، الا أنه لا يمكن التعدي منه الى بيع المكره المتعقب بالرضاء الا بدليل ، وذلك للفرق الواضح بينه وبين البيع الفضولى ، فان بيع المكره يستند الى المالك من أول الأمر ، وقد فرضنا أنه لم يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضاء ، وأما البيع الفضولى فهو يستند الى المالك من حين ايجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر . هذا .

والصحيح : هو القول بالكشف في كلا المقامين ، وذلك لأن الاجارة وإن كانت متأخرة عن العقد ، الا أنها متعلقة بالعقد ، وامضاء له ، ولازم ذلك هو الحكم بتأثيره من أول الأمر ، وسيأتى توضيح ذلك في بحث البيع الفضولى .

وزيد على ذلك في المقام بأن مقتضى العمومات والاطلاقات هو صحة العقد ، وتأثيره من حين حدوثه . لكن حديث الرفع وغيره دل على اعتبار الرضاء الأهم من المقارن والمتأخر في ذلك . ومقتضى الجمع بينهما هو الحكم بالصحة وترتب الأثر عليه من أول الأمر .

فان قلت : إذا حكم عليه بالصحة من أول الأمر فقد كان سبب الحل - وأكل المال - التجارة لا عن تراض ، وقد فرضنا انحصاره بالتجارة عن تراض قلت : الحكم بالصحة إنما هو بعد الرضاء . ولكن متعلق الحكم إنما هو

الصحة من حين العقد ، فن اكره على بيع داره - مثلاً - ثم رضى بما فله يحكم عليه من حين رضاه بأنه مالك للثمن من حين العقد ، كما أن المشتري مالك للدار . وسيجيء في البحث عن البيع الفصولي بيان ذلك لإنشاء الله تعالى ، وأيه غير المكشوف الحكمي الذي ألزم به المصنف قدس سره .

ثم إن المصنف قاس ما نحن فيه بفسخ العقد ، بدعوى : أن الفسخ وإن كان حلاً للعقد السابق ، وجعله كأن لم يكن ، إلا أنه لا ترفع به الملكية السابقة على الفسخ ، لأن العبرة بزمان حدوث الفسخ ، لا بزمان حدوث متعلقه .

ويتوجه عليه : أن هذا قياس باطل ، لوجود الفارق بين الفسخ وبين ما نحن فيه : بداهة أن الفسخ عبارة من حل العقد ، وبقائه إقراره وإمضاؤه وأما إجازة العقد فيقاله رده ، فلا منافاة بين أن يكون أثر الفسخ من حينه - كما هو ظاهر أدلته - وأن يكون أثر الإجازة ترتيب أثر العقد من حينه ثم إنه هل للطرف غير المكره فسخ العقد قبل صدور الرضاء من المكره ؟

فيه كلام سيأتي في بحث العقد الفضولي . فان الملاك مشترك فيه بين البابين . وإلى هنا جف القلم في بيع المكره وتوابعه . والحمد لله أولاً وآخراً .

## بحث في معاملات العبد

قوله : ( مسألة : ومن شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده ) أقول : لاشبهة في أن العبد ليس كالحر العاقل بحيث يكون مستقلاً في التصرف ، ولا أنه مثل المجانين



بحيث لا يقترب على فعله وعبارته أثر بوجه ، وإنما هو برزخ بينهم وبين الحر العاقل .

ثم إن الأقوال في تصرفات العبد ثلاثة :

- ١ - أنه محجور عن كل تصرف الا الضروريات التي بها عيشه .
- ٢ - أن جميع تصرفاته نافذة ، إلا ما يكون تصرفاً في سلطنة المولى ، - وحيتد - فلا بأس في نفوذ تصرفاته بما لا ينافي حق المولى ، كأن يتوكل من غيره في معاملة أو إيقاع ، أو يضمن دين شخص بشرط أن يؤديه لصاحب الدين بعد اعتاقه ، أو أشباه ذلك .

٣ - أنه لا يجوز تصرفه في كل ما يمد شيئاً معتداً به بحسب العرف والعادة من غير فرق في ذلك بين ما يتعلق بأموال سيده وما يتعلق بنفسه من عقد أو إيقاع وما يتعلق بأمواله - بناءً على كونه مالكاً شرعاً - وما يتعلق بمسائر الناس من التصرف في أموالهم أو أنفسهم بعقد أو إيقاع فإن صحة جميع ذلك يتوقف على إذن المالك وإجارته وعلى الحملة بحكم لغوية كل تصرف يستقل العبد فيه من دون أن يتقيد بقسم خاص واذن فلا تصح وكالة العبد عن غيره أيضاً حتى في اجراء الصيغة فضلاً عن كونه وكيلاً مفوضاً ما لم يكن ذلك باذن سيده .

ذهب المصنف الى الوجه الأخير ، حيث حكم بأنه لا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا باذن سيده ، سواء أكان لعنه في ذمته ، أو بما في يده أم كان لغيره .

واستدل على رأيه هذا بقوله تعالى : « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لا يقدر

على شيء (١) .

وبصحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بأذن سيده ، قلت : فان كان السيد زوجته بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد . وضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، فثبته الطلاق (٢) .

ووجه الاستدلال بهما : أنه كلما صدق عليه أنه شيء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعاً من دون إذن مولاه . وعليه فلا يجوز للعبد أن يكون وكيلاً عن غيره في إجراء الصيغة فضلاً عن كونه وكيلاً مفوضاً ، ولا على إجماع المملوكية أو الزوجية لنفسه ، ولا على طلاق زوجته ، ولا على الالتزام بشيء والتمسك بدين . وإن اشترط أدائه بعد حرите . لأن كل ذلك يصدق عليه عنوان الشيء . فلا يقدر عليه العبد شرعاً بدون إذن سيده .

وعلى الجملة : أن الظاهر من الآية والرواية هو أن العبد غير مستقل في جميع تصرفاته ، سواء أكانت راجعة إلى نفسه حال عبوديته ، أم تعلقت برقبته ، كأن يضمن الشيء لشخص بشرط أن يعطيه إياه بعد حرته ، وسواء أكانت راجعة إلى سيده ، أم كانت راجعة إلى الأشخاص الآخرين . وإن لم يكن . هناك . ما يزاكم حق المولى ، كأن يتوكل عن غيره في عقد أو إيقاع .

والسري ذلك : هو أن عدم قدرته على شيء ليس إلا عدم تمكنه من التصرف فيه ، وأنه يحتاج في ذلك إلى الاستعانة من غيره ، ومن الواضح أن المحتاج إلى غيره في فعل لا يكون قادراً على التصرف فيه استقلالاً ، وعليه

(١) سورة النحل الآية : ٧٥ .

(٢) العنق ج ٣ من طيبة النجف باب طلاق العبد من ٣٥٠ .

مُشأن العبد شأن العبي ، فكأن أن العبي لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بأذن وليه ، كذلك المملوك ، فإنه لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بأذن سيده . انتهى ملخص كلامه مع التوضيح الإجمالي . وتبعه - في ذلك - شيخنا الاستاذ .

والتحقيق : أنه لإدلالة الآية ، ولا في الرواية على ما ذهبوا إليه . وبيان ذلك : أنه ليس المراد من عدم القدرة - في الآية - هو عدم القدرة عقلاً ، ولا أن المراد من الشيء هو الشيء التكويني الخارجي ، بل أنه المراد من الحر في قدرته على الأمور الخارجية .

وأيضاً ليس المراد من نفي القدرة هو نفي القدرة الشرعية التكليفية ، ضرورة أن ما هو مباح للأحرار - في الشريعة المقدسة الإسلامية من المأكولات والملبوسات والمشروبات - مباح للعبيد - أيضاً - وليس لأذن المولى دخل في ذلك بوجه .

بل المراد من قوله تعالى : لا يقدر على شيء هو عدم نفوذ تصرفات العبد في شيء ، وعلى هذا فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من أن قوله تعالى : لا يقدر على شيء قيد توضيحي ، لأن العبد لا ينقسم إلى القادر والعاجز ، بل المملوكية مساوقة للعجز .

لا وجه لذلك من جهة أن المراد من عدم القدرة هو عدم نفوذ التصرف . ولا شبهة في أن هذا حكم وضعي ، فلا معنى لأخذه قيداً للموضوع أو توضيحاً له .

ثم إن لفظ ( مملوكاً ) في الآية الكريمة بمنزلة العلة لقوله تعالى : لا يقدر على شيء ، فكأنه تعالى قال : أن العبد لا ينفذ تصرفه ، لكونه مملوكاً . وعليه فتناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يراد من عدم قدرة العبد عدم نفوذ تصرفه فيما يرجع إلى نفسه وأمواله من حيث عبوديته .

أما عدم نفوذ تصرفه في أموال سيده ، أو أموال الأشخاص الآخرين فهو ليس من جهة كونه عبداً مملوكاً ، بل من جهة الأدلة الدالة على حرمة التصرف في أموال الناس بدون أذنهم ، ولا ريب في أن هذا المعنى لا تقتضيه المبرورية ، بل هو مشترك فيه بين العبد والحر .

ولو سلمنا أن الآية ليست بظاهرة في هذا المعنى ، إلا أنه لا سبيل إلى انكار كونه محتملاً منها ، وعليه فتكون الآية مجملة ، وأذن لا يمكن الاستدلال بها على عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع إلى سيده أو إلى شخص آخر غير سيده وقد اتضح لك مما بيناه : أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من جعل لفظ ( مملوكاً ) في الآية قيداً توضيحياً ، بدعوى أن العبد لا ينقسم إلى مملوك وغير مملوك :

وقد ظهر لك مما ذكرناه أيضاً : أنه لا بد من أن يفرق بين كون العبد وكيلاً عن غيره في إنشاء عقد أو إيقاع ، وبين توكيله غيره في ذلك . أما الأول فيجوز له ذلك ، لأنه لا بعد تصرفاً فيما يرجع إلى نفسه لكي يحمي بفساده بدون إذن مولاه ، بداهة أن كون العبد مملوكاً لمولاه لا يلزم سقوط أفعاله وعباراته والمقدّر أو الإيقاع بما أنه للعبد فلا مانع من الحكم بصحته .

أما الثاني فلا يجوز له ذلك ، إذ ليس للعبد أن يستقل في التصرف فيما يرجع إلى نفسه أو أمواله بدون إذن سيده ، فإذا لم يجوز له ذلك لم يجوز له توكيله غيره فيه . هذا ما يرجع إلى الآية المباركة .

أما رواية زرارة فإنها ظاهرة - أيضاً - في عدم نفوذ تصرفات العبد فيما يرجع إلى نفسه ، فلا إشعار فيها بكون مطلق تصرفاته متوقفاً على إذن سيده والقرينة على هذه الدعوى من نفس الرواية هي قوله عليه السلام : المملوك لا يجوز طلاقه ، ولا نكاحه إلا بأذن سيده . قلت : فإن كان السيد زوجاً

يبد من الطلاق ؟ قال **الرحم** : يبد سيده .

ثم إذا قلنا عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى غير المولى - أيضاً - إلا بأذنه فلو تصرف العبد بدون إذن سابق ، ولكن لحقته الاجازة من المولى فهل يحكم بصحته ؟ .

فيه خلاف بين الاعلام .

قد احتمل المصنف أولاً عدم نفوذه ، وحاصل كلامه : أن الاجارة إنما تتعلق بمضمون العقد : أعنى به انتقال المال بعوض ، ولا ريب في أن هذا المعنى - فيما يحرفه - ليس متوطناً رضاء المولى ، إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين ، بل حق المولى من جهة كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبد ، ومن الواضح أن الانشاء اذا صدر منه على وجه الاستقلال لم يخرج من استقلاله لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه .

وتعبير آخر : أن ما ترتب به إجارة المولى : أعنى به الانشاء لا يمتثل أن تلحقه الاجارة ، فيكون صادراً من قبل المولى ، لاستلزامه الانقلاب المحال ، وما لا يستلزم المحال من تعلق الاجارة به - وهو مضمون العقد - غير مرتبط بالمولى . وسيأتى الجواب عن هذه المناقشة قريباً .

ثم إنه رحمه الله قوتى صحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة بوجوه : وحاصل الوجه الأول : أن العمومات والمطلقات قد دلت على صحة العقود والايقاعات ، سواء أكانت صادرة من الأحرار ، أم كانت صادرة من المالك ، وقد خرج منها العقد الصادر من العبد من دون استناده الى إذن المولى أصلاً ، لا سابقاً ، ولا لاحقاً ، ويبقى الباقي تحت العمومات والمطلقات وبيان أوضح : أن معاد المخصص إنما هو عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيده سابقاً ، أو إجارته لاحقاً ، وليس مفاد

المخصص اعتبار الاذن السابق فقط في تصرفات العبد .

ولو أغضنا عن ذلك ، وشككنا في أن مفاد المخصص هل هو المعنى الأول ، أو المعنى الثاني وجب الأخذ بالمعنى الأول ، لأن المخصص المنفصل إذا كان مجملاً : - بأن كان مردداً بين الأقل والأكثر - أخذنا بالقدر المتيقن منه ، وهو في المقام العقد الصادر من العبد بلا إذن سابق ، ولا إجازة لاحقة وفي غير ذلك متمسك بالعمومات .

وأورد عليه شيخنا الاستاذ بأن دليل اعتبار الاذن في تصرف العبد ظاهر في الاذن السابق ، فلا يشمل الاجازة واللاحقة لأن الاجازة غير الاذن وعليه فلا إجمال في المخصص لكي يتمسك بالعموم ويحكم بنفوذ تصرف العبد مع الاجازة اللاحقة أيضاً .

وردد عليه : أن دليل اعتبار الاذن في تصرفات العبد لا ظهور له في إرادة الاذن السابق .

أما الآية فواضح ، لأن المستفاد منها - كما عرفته سابقاً - هو عدم نفوذ تصرف العبد ، لكونه مملوكاً لا يقدر على شيء ، فلا بد في نفوذه من دخل إذن المولى فيه ، ولكن لا يستفاد منها أن دخله فيه بأية كيفية ، أهو بالاذن السابق ، أم كان ذلك أعم منه ومن الاجازة اللاحقة ، وعليه فيدور الأمر بين الأقل والأكثر ، ففتضى القاعدة في أمثال ذلك هو الأخذ بالأقل ، لكونه متيقن الإرادة .

أما صحبة زارة فلا يستفاد منها إلا بطلان نكاح العبد وطلاقه من دون إذن سيده بأن يكون مستقلاً في تصرفه .

أما طلاق تصرفه إذا لحقته الاجازة فاستفاده تتوقف على إثبات ظهور لفظ الاذن في الاذن السابق ، وهو أول الكلام .

وحاصل الوجه الثاني : أن صحبة زارة المتقدمة قد دلت على صحة

النكاح والطلاق بالاذن ، وحيث ثبتت بالأخبار الخاصة صحة النكاح بالاجارة  
اللاحقة فيستكشف من ذلك أن المراد من الاذن في الصحيحة أعم من السابق  
واللاحق ، - وحيث - فلنزم بصحة - اثر العقود - أيضاً - بالاجارة اللاحقة ،  
لعدم الفارق بين النكاح وبين بقية العقود ، ولازم هذا التعميم وإن كان يقتضى  
الالتزام بصحة الطلاق - أيضاً - بالاجارة اللاحقة ، إلا أنه خرج ذلك  
بالدليل الخارجى .

وتوهم أنه يلزم - وقتئذ - تأخير البيان عن وقت الحاجة توهم فاسد ،  
لأن المقصود من الصحيحة هو نفي استقلال العبد في الطلاق وأنه يعطل بدون  
إذن سيده ، لا بيان جميع الخصوصيات المعتبرة في طلاق العبد ، وعليه  
فكفاية الاذن اللاحق فيه وعدمها أمر خارج عن مقام البيان .

ويتوجه عليه : أنه يمكن نقضه باستظهار عكسه من الصحيحة بأن يقال  
لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق - الذى لا يصح بالاجارة اللاحقة -  
استكشفنا بذلك أن المراد من كلمة الاذن فيها إنما هو الاذن السابق فقط ،  
لا الأعم منه ومن الاجارة اللاحقة ، وعليه فصحة النكاح بالاجارة اللاحقة  
إما ثبت بالدليل الخارجى ، ولا يلزم - عندئذ - تأخير البيان عن وقت الحاجة ،  
لأن الامام عليه السلام كان في مقام بيان حكم النكاح في الجملة ، لا مطلقاً ، وعليه  
فلا بد من ملاحظة الصحيحة في نفسها ، إذ لا تعرض فيها لبيان أن المراد  
من الاذن هل هو الاذن السابق ، أو الأعم منه ومن الاجارة لللاحقة ، فبقى  
الصحيحة على إجمالها .

الوجه الثالث : استفادة ذلك مما دل (١) على أن اجازة المولى توجب

(١) عن زارة عن ابي جعفر (ع) قال : سألت عن رجل تزوج عبده  
بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ؟ فقال : ذلك الى مولاه إن شاء  
فرق بينها وإن شاء اجاز نكاحها ، فان فرق بينهما فلهما طهرأة ما صدقها إلا ان -

صححة نكاح العبد الواقع بدون إذنه : وذلك لوجوبين :

الوجه الأول : أن مقتضى هذه الأخبار هو صححة ما عقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من ترك الاستفصال ، وعلى هذا فلا يمكن حملها على ما إذا عقد غيره له لكي يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك ويدخل تحت عنوان عقد الفضولي الذي لا حظ لصحته - بالاجازة اللاحقة - بصحة عقد العبد بالاجازة المولى . وإذا صح نكاح العبد صححت بقية العقود الصادرة منه بالأولوية .

فالتحصل من هذه الأخبار هو صححة معاملات العبد إذا أجازها سيده سواء أكان المباشر للصيغة هو العبد ، أم كان غيره ، وسواء أكانت العقود للعبد ، أم كانت لغيره ، وإنما أجازها العبد وكالة . وكل ذلك من ماحية ترك الاستفصال .

الوجه الثاني . أن قوله **ع** . « إنه لم يعص الله إنما عصي سيده فإذا

يكون عندى فاصدقها صدقا كثيرا » فإن أجاز نكاحه فيها على نكاحها الأول . فقلت لأبي جعفر « ع » فانه في أصل النكاح كان ماصياً ؟ فقال أبو جعفر « ع » إنما أتى شيئاً حلالاً وليس بماص لله ، وإنما عصي سيده . ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كاتبه ماحرم الله تعالى عليه من نكاح في عدة واشبهه . ضعيف بموسى بن مكر .

وعنه عن أبي جعفر « ع » قال : سأله عن مملوك تزوج بمهر إذن سيده فقال ذاك إلى سيده إن شاء أجاز له وإن شاء فرق بينهما . قلت . أصححك الله إن الحكم بن عتيبة وإبراهيم السخمي وأصحابها يقولون : إن أصل النكاح فاسد ، ولا تحل له إجازة السيد له . فقال أبو جعفر « ع » : « إنه لم يعص الله إنما عصي سيده فإذا أجاز فهو له جائز . » حسن بإبراهيم بن هاشم . الكافي ج ٥ من ط ٧ ص ٤٧٨ . الوافي ج ١٢ باب تزوج الأماء ص ٨٨ .



أجازه فهو له جائز ، علة لصحة العقد الصادر من العبد ، ومفاد هذه العلة هو أن المعيار في صحة معاملة العبد بعد عدم كونها مخالفة لله - كالمعاملة على الخمر والتخزير والميتة ونحوها - إنما هو وقوعها برضاء المولى ، سواء فيه الرضاء السابق واللاحق .

وعليه فإذا أوقع عقداً بدون رضاء سيده - الذي هو معنى عصيانه - ثم رضى به سيده صح العقد ، لأن معاملة العبد - عندئذ - ليست بمعصية لله حتى يحكم بفسادها ، بل هي معصية لسيده . فيحتاج الى إجارته ، وقد عرضنا تحققها .

واذن فالرواية في مقام بيان الضابطة الكلية وهي أن كل عقد كان فيه عصيان لله فهو فاسد ، كالعقد على المحارم ، وبيع الخمر والتخزير وكل عقد لم يكن فيه عصيان لله فهو صحيح غاية الأمر أنه يحتاج الى إجازة سيده هذا . وقد «فش شيخنا الاستاذ في الوجه الأول ، وحاصل مناقشته هو أن العبد إذا عقد لنفسه كان مضمون العقد : أعنى به المنشأ متوقفاً على الإجازة أما الانشاء الذي - هو جهة الاصدار - فهو معنى حر في وملحوظ تبعي وإذا عقد لغيره فضولاً ، أو وكالة كان مضمون العقد راجعاً الى غير المولى ، فلا يرتبط بإجازته ، بل المربوط بإجارته إنما هو جهة الاصدار : أعنى به الانشاء وعليه فجهة الاصدار معنى اسمي ، وملحوظ استقلالي ، - وحيثئذ - فإذا قام الدليل على إجارة المضمون في القسم الأول كان ذلك دليلاً على إجازة جهة الاصدار فيه - أيضاً - لكونها ملحوظة تبعياً .

ولكن لا يمكن التعدي من ذلك الدليل الى جهة الاصدار في القسم الثاني - أيضاً - لكونه معنى اسماً ، ومن الظاهر أن قياس المعنى الاسمي بالمعنى الحر في قياس مع الفارق .

ولكن لا وجه لهذه المناقشة ، بديهة أن كون متعلق الاجازة ملحوظاً للمجيز استقلالاً تارة ونهياً أخرى لا يرتبط بجهة الاستدلال .

بيان ذلك : أن العقد الواقع على ملك السيد توقف صحته على اجارته واذنه - ولو كان صادراً من غير عبده - كما أن عقد عبده يحتاج الى ذلك ولو تعلق بمال غيره وعليه فاذا أوقع المبدع عقداً على مال المولى - كما في النكاح - كان ذلك مجعماً للعنوانين ، وإذا ثبتت صحة ذلك - فيما اذا تعقبته اجارة المولى - ثبتت صحة عقده بمال غير المولى اذا تعقبته الاجازة أيضاً .

ثم ان التمسك بهذه الوجوه لاثبات صحة تصرفات العبد بالاجارة اللاحقة إنما يفيد في مرحلة الاثبات بعد فرض الامكان في مرحلة الثبوت . واذا حكنا بالاستحالة ثبوتاً من ناحية الانقلاب المحال لم يفد التمسك بها اثباتاً .

وعليه فلا يجتمع ما احتمله المصنف في مطلع كلامه - بدءاً - من الاستحالة في مقام الثبوت ، مع حكمه بصحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة من ناحية الوجوه المتقدمة . واليك لفظه : ( وكيف كان فاشاءات العبد لا يترقب عليها آثارها من دون اذن المولى : أما مع الاذن السابق فلا إشكال . وأما مع الاجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع ، لأن المنع فيه ليس من جهة العرضين بل المنع من جهة راجعة الى نفس الاشياء الصادر ، وما صدر على وجه لا يغير منه بعده . . . فاذا وقع على وجه يستغل به العبد فله حقوق الاجازة لا يخرجها عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً ) . ثم انتقل الى مقام الاثبات ، وقال : ، الا أن الأقوى هو لحوق [اجازة المولى الخ] .

إلا أن يقال : ان فرض المصنف من التمسك بالوجوه المذكورة - في مقام الاثبات - هو ان الأدلة الدالة على اعتبار رضا المولى في تصرف المبدع إنما هو بالمعنى الأعم من الرضاء السابق واللاحق ، وعليه فاذا صدر عقد من العبد

من دون رضاه سيده لم يتصف ذلك - بمجرد صدوره بدون إذن المولى - بالاستقلال لكي يلزم من حقوق الإجازة به الانقلاب المحال .

بل انصافه بالاستقلال مراعى بعدم حقوق الرضاء ، وإذا اقتضت العمومات والاعلاقات صحة عقد العبد مع الرضاء اللاحق حكنا بها من دون استزاه الانقلاب المحال .

وكيف كان يمكن الجواب عن المناقشة المذكورة : بأن العقد الصادر من العبد له جهمتان : جهة الإنشاء ، وجهة المنشأ ، ومن الواضح أن المحتاج إلى إذن المولى إنما هو المنشأ : أعني به الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي ، دون الإنشاء : أعني به إبرار ذلك الاعتبار النفساني .

وبدل على صحة ذلك قوله عليه السلام في صحيحة زرارة المتقدمة : (المملوك لا يجوز طلاقه ، ولا نكاحه إلا بأذن سيده) .

ووجه الدلالة : هو أن الطلاق والنكاح ليسا بمجرد الإنشاء . بل الطلاق عبارة عن اعتبار حل العلقه المبرز بمظهر خاص خارجي . والنكاح عبارة عن اعتبار العلقه الزوجية في صقع الذهن المبرز بمظهر خارجي .

وعليه فشان مانحن فيه شأن ماثبت في محله من أن صحة نكاح بنت الاح وبنت الاخ متوقفة على إجازة العمه والحالة ، فإن المترقب على اجازتها ليس هو صحة الإنشاء فقط ، بل صحة ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشايع ولا يخفى عليك : أن ما ذكرناه - من الجواب عن المناقشة المتقدمة -

مبنى على كون صحة إنشاء العبد لغيره وكالة أو فضولا متوقفة على إجازة المولى أما بناءً على ما ذكرناه - عند التعرض للاية المتقدمة من عدم كون المولى مالكا لإنشاء العبد - فانه لا شبهة في صحة إنشاء لغيره وكالة أو فضولا ، سواء رضى به المولى ، أم لم يرض به ، إذ المولى ليس مالكا لكلمات العبد وألفاظه

لنتوقف صحتها على اجازته .

ثم إنه بقي - هنا - شيء لم يتعرض له المصنف ، وهو أن اجارة المولى لعقد العبد هل هي كاشفة ، أو نافذة ؟ .

مقتضى القاعدة أنها نافذة ، لأصالة عدم تحقق الأثر الزمان الاجارة ، ولم يرد - هنا - دليل على الكاشفية لكي يخرج به عن القاعدة المزبورة ، كما ورد في الفضولي .

نعم اذا قلنا بأن الكشف على طبق القاعدة - سيأتي الكلام في ذلك في البحث عن البيع الفضولي - التزمنا - هنا - بالكشف أيضاً ،

قوله : ( فرع لو أمر العبد آمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح ولزم بناءً على كفاية رضا المولى الحاصل من ترضيه للبيع من اذنه الصريح ، بل يمكن حمل نفس الإيجاب موجبا للأذن الضمني ) .

ولكن نوقش فيه بوجهين :

الوجه الأول : أن عبارة العبد متحدة مع عبارة سيده ، فيلزم من ذلك اتحاد الموجب والقابل . وهذا يوجب بطلان العقد .

ويتوجه عليه ما ذكره المصنف ، وحاصله : أن الالتزام بذلك يقتضى المنع - أيضاً - عن فحوذ عقد العبد لو أدن له سيده سابقاً ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

ويضاف الى ذلك : أنه لا دليل على اعتبار التعاثر بين الإيجاب والقبول بل يكفي التعاثر بينهما اعتباراً .

على أنه لا اتحاد في المقام ، لأن كون العبد مملوكاً لمولاه لا يقتضى ذلك .  
الوجه الثاني : أنه تعتبر - في صحة العقد - قابلية كل من المتبايعين للاشياء عند تحقق الإيجاب والقبول كليهما ، وعليه ولو كان المشتري عند إيجاب

البائع غير قابل للقبول ، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية  
 إيجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما ، لأنه - وقتئذ - لا يرتبط عهد أحدهما بعهد  
 الآخر ، فلا تتحقق المعاهدة والمعاقدة بينهما بوجه ، وحيث إن العبد - فيما  
 نحن فيه - غير قابل للقبول في زمان الإيجاب - لعدم كونه مأذوناً في ذلك من  
 قبل المولى - فيحكم - حينئذ - بفساد العقد .

ويتوجه عليه أنه لا أساس صحيح لهذا الشرط - على ما ذكرناه في محله -  
 لأن المناط في تحقق العقد إما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - وعليه  
 فإذا تحقق إنشاء البائع - حال كون المشتري نائماً أو غافلاً أو مغنى عليه ، ثم  
 التفت المشتري الى هذا الانشاء قبله قبل صدور ناسخه من البائع - صدق عليه  
 العقد جرمياً ، وحكم بصحته ولزومه ، للأدلة الدالة على نفوذ العقود ولزومها  
 نعم إذا لم يبق للبائع على شرائط الانشاء حين قبول المشتري حكم بفساد العقد  
 لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه ، وعدم اتصال التزامه بالتزام المشتري .  
 هذا كله فيما اذا وكل المشتري العبد في الاشراف من سيده .

أما لو وكله في الاشراف من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلاً مفوضاً  
 فلا شبهة في أن شأنه شأن المولى ، فيعود النزاع المنتقم . وإن كان الوكيل وكيلاً  
 في خصوص إجراء البصيرة فلا شبهة في احتياج الاشراف الى الاجازة من  
 المولى . هذا تمام الكلام في البحث من معاملات العبد .

الى هنا تم الجزء الثالث من كتابنا مصباح التفاهة في المعاملات ، وبليه  
 الجزء الرابع انشاء الله ، وأوله مبحث البيع الفضولي ، والحمد لله رب العالمين  
 وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

قد وقع الفراغ من ذلك سنة ١٣٧٤ هـ .

# محتويات الجزء الثالث

من مصباح الفقاهة

الصفحة

٣ التقریظ .

٤ كلمة المؤلف

## المباحث الراجعة الى صیغ العقود

- ٥ بحث في اعتبار المنفذ في العقود .
- ٦ الأصل الأولى في العقود والإيقاعات هل يقتضي الصحة أم يقتضي الفساد ؟ .
- ٨ الأحكام الوضعية واقسامها .
- ١٠ عدم جريان البراءة في الشرطية والسيية والماسية والخربية ، لعدم كونها مجبولة بالذات .
- ١١ هل يجوز التمسك بالمعومات عند الشك في العقود ؟
- ١٢ مقتضى القاعدة هو الحكم بلزوم مطابقة الآخرس .
- ١٣ اشارة الآخرس وحكمها .
- ١٥ بحث في مادة الصيغة ، واختلاف المفهء فيها .
- ١٦ مقتضى القاعدة هو اسقاط جميع العقود والإيقاعات بكل ما يصلح للانشاء .
- ١٧ جواز الانشاء بالألفاظ المجارية والكنائية .
- ١٨ لافرق في ذلك بين كون المحار قرياً وكونه سيداً ، كما انه لافرق فيه بين احتفاله بالقرينة اللعنية ، واحتفاله بالقرينة غير اللعنية .

## المصحة

- ١٩ حواز الانشاء بالألفاظ المشتركة مع احتمائها بالقرائن الحالية .  
 ١٩ دعوى الاجماع على اعتبار القطع في انشاء عقد الزواج .  
 ٢٠ هل يجوز انشاء البيع بكلمة بت ؟ .  
 ٢٠ هل يجوز انشاء البيع بكلمة شريت ؟ .  
 ٢١ هل يجوز انشاء البيع بكلمت ملكت بالتشديد ؟ .  
 ٢٤ هل يجوز انشاء البيع بكلمت اشتريت ؟ .  
 ٢٥ ماهو المراد من قوله تعالى : شيئا اشتروا به انفسهم ان يكفروا بما ارسل الله ؟  
 ٢٦ دعوى ان الاشتراء من الافتعال ، فلا يابس استعماله في الايجاب ، وجوابها .  
 ٢٨ ماهي الفاظ المبول ؟ .  
 ٢٨ حوار القبول بلفظ قبلت ورسيت وتملكت وملككت محققاً واشتريت وانعت وشريت .  
 ٣٠ الاختلاف في تعيين الموجب والمقابل لأحد ترتب الأثر على كل منها .  
 ٣١ لا يترتب اثر خاص طاهر على خصوص عنوان البائع .  
 ٣١ دعوى ان كل - مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائنه - نزلدهر مترتب على عنوان السائغ ، وجوابها .  
 ٣٥ بحث في هيئة الصيغة وعدم اعتبار العرية فيها .  
 ٣٦ قيل : انه لا يتحقق مفهوم العقد في الخارج الا بالانشاء بالألفاظ العرية .  
 والجواب عن ذلك .  
 ٣٧ اذا قلنا باعتبار العرية في الصيغة وجب اعتبارها في جميع ماهودخيل في حقيقتها  
 نعم لا بأس بذكر شروط النفود غير الألفاظ العرية .  
 ٣٧ ماهو حكم الانشاء بالعربي الملحون ؟ .

## الصفحة

- ٣٨ هل يعتبر في العقد علم المتكلم بمعنى الصيغة ؟ .
- ٤٠ هل تعتبر المأخوذة في الإيجاب والقبول ؟ .
- ٤٠ جواز الإنشاء بالمضارع والأمر .
- ٤١ قد ورد في حلة من الرويات حوار الإنشاء بالمضارع .
- ٤٣ جواز الإنشاء بالجل الاسمية .
- ٤٤ هل يعتبر في العقود تقديم الإيجاب على القبول ؟ .
- ٤٥ تفصيل المصنف في ذلك بين العاط والقبول ، والجواب عنه .
- ٥١ هل تعتبر المولات بين الإيجاب والقبول ؟ .
- ٥٢ اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى عنه .
- ٥٢ لاصلة لقورية استثناء المرند باعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى عنه .
- ٥٣ لابطال لزوم تحريم المأمومين في الجملة قبل ركوع الإمام بالمعوية المرفوعة .
- ٥٣ اعتبار الاتصال في الأمر التدريجي الذي أخذ موضوعاً للحكم .
- ٥٤ ما استدلل به المصنف على اعتبار الاتصال بين الإيجاب والقبول ، وجوابه .
- ٥٥ ما استدلل به المحقق الثاني على ذلك ، وجوابه .
- ٥٦ الاستدلال على عدم اعتبار المولات بين الإيجاب والقبول بالسيرة ، وقصة مارية القبطية الموهوبة لثبي (ص) .
- ٥٧ ويدل أيضاً على عدم اعتبار المولات بين الإيجاب والقبول أمران آخران .
- ٥٨ هل يشتر الشجيرة في العقود ؟ .
- ٥٨ تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً .
- ٥٩ يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها في عقد الزواج كونها وكيلها في طلاق نفسها .



## الصفحة

- ٥٩ كليات المقهاء حول التعليق في العقود •
- ٦٠ صرح المحقق القمي بجواز التعليق في الوكالة •
- ٦١ ماذكره المصنف من اقسام التعليق في العقود •
- ٦٢ ماهو حكم التعليق في العقود ؟ •
- ٦٣ التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد •
- ٦٣ التعليق على ماهو دجيل في صحة العقد •
- ٦٤ التعليق على الصفة التي لادخل لها في تحقق عنوان العقد ولا في صحته •
- ٦٦ ما استدلل به على بطلان التعليق في العقود •
- ٦٦ قبل ان التعليق في العقود امر غير مقبول • والجواب عنه •
- ٦٧ الاستدلال على بطلان التعليق بآية وجوب الوفاء بالعقود ، وجوابه •
- ٧٠ لادليل على بطلان العقود بالتعليق •
- ٧١ هل يمتنع التطابق بين الإيجاب والقبول ؟ •
- ٧١ التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية عنوان المعاملة ، ومن ناحية المبيع ، ومن ناحية السامع والمشتري •
- ٧٣ التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد •
- ٧٣ التطابق بين الإيجاب والقبول في اجزاء المبيع والنسب •
- ٧٤ هل يجوز الانشاء لأحد المتعاقدين حال كونه الآخر فاقداً لشرائعه ؟ •
- ٧٦ بحث استطرادي في حقوق الرضاء بالبيع الاكراهي •
- ٧٩ بحث في اختلاف المتعاقدين في شروط العقد •

## مباحث المقبوض بالعقد الفاسد

## الصفحة

- ٨٥ بحث في المقبوض بالعقد الفاسد .
- ٨٧ ما هو مدرك الصمان في قاعدة ما لا يضمن .
- ٨٧ الاستدلال على الصمان بمحدث صمان اليد ، وجوابه .
- ٨٩ الاستدلال على الصمان بما ورد في الامة المتباعدة اذا وجدت مسروقة وجوابه
- ٩٠ الاستدلال على الصمان بما دل على حرمة التصرف في مال المير إلا بطيب نفسه  
وجوابه .
- ٩١ الاستدلال على الصمان بما دل على ان حرمة مال المزمين كحرمة دمه ، وجوابه
- ٩٢ الاستدلال على الصمان بما في حجة من الروايات من انه لا يصلح دهاب حق احد  
وجوابه .
- ٩٣ الاستدلال على الصمان بما دل على نفي الحكم الشرعي ، وجوابه .
- ٩٥ الاستدلال على الصمان بقاعدة الاقدام وما افقه المصنف في ذلك ، والجواب عنها
- ٩٨ بحث في بعض الأعمال المضمومة .
- ٩٩ هل يفرق في الصمان بين علم الداهم بالفساد ، وجهله ؟ .
- ١٠١ هل تضمن العين المستأجرة في الاجارة ؟ .
- ١٠٢ ما استدل به على صمان العين المستأجرة ، والجواب عنه .
- ١٠٣ لاختيان في العين المستأجرة ، لكونها امانة عند المستأجر .
- ١٠٤ هل تنتقض قاعدة ما يضمن بالصيد الذي استعاره المحرم ؟ .
- ١٠٧ هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد ؟ .
- ١١٠ هل تنتقض القاعدة بحمل ابيع فاسداً ؟ .

## الصفحة

- ١١١ هل تنتقض القاعدة بالتركيب العاسدة ؟ .
- ١١١ هل تنتقض القاعدة بالسكاح الفاسد ؟ .
- ١١٢ ماهو المدرك لعكس القاعدة ؟ .
- ١١٣ الاستدلال عليه بالأولية ، والجواب عنه .
- ١١٤ الدليل على عكس القاعدة إنما هو عدم الدليل على الضمان .
- ١١٤ هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد المعاوضي العاسد .
- ١١٥ هل يفرق في ذلك بين علم الدافع وجهله أم لا .
- ١١٥ ذهب السيد إلى حواز التصرف في المقبوض بالعقد العاسد ، والجواب عنه
- ١١٧ لا يجوز الاستدلال على ذلك بما دل على حرمة التصرف في مال غيره بغير إذنه .
- ١١٨ هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد غير المعاوضي الفاسد .
- ١٢٠ هل يجب رد المقبوض إلى مالكه فوراً أم لا .
- ١٢١ الاستدلال عليه بما دل على حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه ، وجوابه
- ١٢٢ الاستدلال عليه بحديث ضمان اليد ، وجوابه .
- ١٢٤ ماهو حكم مؤونة الرد فهل هي على القابض أم على المالك .
- ١٢٥ هل يجب رد المقبوض إلى مالكه من وسه الاطلاق .
- ١٢٧ ماهو حكم المناهع المستوفات ، فهل يحكم بصحتها أم لا .
- ١٢٧ قد استدلل على ضمانها بوجوه : منها حديث ضمان اليد ، وجوابه .
- ١٢٩ وسها ما دل على ان حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ، والجواب عنه .
- ١٢٩ ومنها ما دل على حرمة مال المسلم لا طيبة حسنته ، والجواب عنه .
- ١٣٠ ومنها قاعدة نفي الضرر ، والجواب عن ذلك .

## المصحة

- ١٣٠ والصحيح ان يستدل على ضمان النافع المستوفات بأمرين احدهما السيرة .  
 ١٣١ وتأييدها قاعدة الضمان بالاتلاف .  
 ١٣٣ ما استدل به على عدم ضمان النافع المستوفات .  
 ١٣٣ قد استدل عليه ابن حمزة محدث الخراج بالصان ، وحواله .  
 ١٣٥ ربما يستبطن ما ذهب اليه ابن حمزة من الروايات الخاصة ، وحواله .  
 ١٣٦ ماهو حكم النافع غير المستوفات .  
 ١٣٧ قل الأقوال في هذه المسألة .  
 ١٣٨ العاصب بضمن العبر المضمومة بجميع خصوصياتها ، السيرة الضلالية ، وقاعدة  
 الصان بالاتلاف ، والأخبار الدالة على وجوب رد المصوب على المصوب منه  
 ١٣٩ العاصب إنما بضمن النافع الفائتة اذا استند قوتها اليه .  
 ١٣٩ ذهب جمع من الأصحاب الى ضمان النافع مطلقاً ولو كانت فائتة لوجوه . ولكن  
 لا يتم نفيها .  
 ١٤٥ ماهو الدليل على ضمان التل في التل و ضمان القبة في القبي .  
 ١٤٦ قد استدل على ذلك بوجوه . منها حديث ضمان اليد ، والجواب عنه .  
 ١٤٧ ومنها ما دل على احترام مال المؤمن والجواب عنه .  
 ١٤٧ ومنها ما ورد في الأمة المتاعة اذا وجدت مسروقة والجواب عنه .  
 ١٤٧ ومنها دعوى الاحاع على ذلك والجواب عنها .  
 ١٤٨ ومنها الاستدلال عليه بآية الاعتداء ، والجواب عنه .  
 ١٥٠ ولتحقيق : ان يستدل على ذلك بالسيرة الضلالية .  
 ١٥١ ماهو الفارق بين التلي والقبي .  
 ١٥٣ ماهو الضابط فيما يشك في كونه متلياً او قبياً .

## الصفحة

- ١٥٤ اذا علمنا كقول شئ، مثلياً او قيمياً احد به ، وان شك في ذلك فلا بد من الرجوع الى الاصول العملية ، وقررنا ذلك بوجوه .
- ١٥٤ مدرك القول صان المثل فقط .
- ١٥٧ مدرك القول بصان القيمة فقط .
- ١٥٨ مدرك القول بحيز الصدم بين اداء المثل والقيمة .
- ١٦١ من يحب شراء المثل مع قبه وجوده وريادة قيمته ؟ .
- ١٦٤ ماهو حكم تذر المثل ؟ .
- ١٦٦ هل يجوز للصدم احبار المالك على احد القيمة ؟ .
- ١٦٦ هل يجوز للمالك احبار الصدم على اعط، القيمة ؟ .
- ١٦٧ ماهو المناط في صدق التمدد والاعوار ؟ .
- ١٦٩ ماهو حكم سقوط العبر عن ادية ؟ .
- ١٧٠ ماهو حكم التمكن من المثل بعد تدره ؟ .
- ١٧٢ هل يصح القيمي التالف بالقيمة ؟ .
- ١٧٣ مقننى القاعدة هو صان المثل في القيمي .
- ١٧٤ مقننى الروايات هو صان القيمة في القيمي
- ١٧٦ ماهو الملاك في تعيين القيمة في القيمي ؟ .
- ١٧٦ قد اختلف الأصحاب في ذلك على احوال شتى .
- ١٧٨ العبرة في ذلك قيمة يوم المص ، لصحيحة في ولاد .
- ١٨١ الاستدلال بها على ذلك بوجهين ، وتخرىب الوجه الأول بأحاديث شتى .
- ١٨٣ تقرير الوجه الثاني .
- ١٨٥ ماوقش به على الاستدلال بالصحيحة ، وحواله .

## المصحة

- ١٩٣ ما استدل به عو الضمان بأعلى العيم من حين العصب الى حين التلف .
- ٢٠٠ ختام البحث في القيعي .

## مباحث بدل الحيلولة

- ٢٠٣ ما استدل به على تبوت بدل الحيلولة .
- ٢١٠ ماهو مورد بدل الحيلولة ؟ .
- ٢١١ هل يصير التعذر العقلي في تبوت بدل الحيلولة ؟ .
- ٢١٢ ماهو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين ؟ .
- ٢١٣ هل يصير البذل المدول ملكا ملك العين ؟ .
- ٢١٦ هل يكون استدل ملكا للعصا مع اعطاء البذل ؟ .
- ٢١٨ بحث في فروع مهمة التي تترتب على ما تقدم .
- ٢١٩ خلاصة البحث في بدل الحيلولة .
- ٢٢١ ماهو حكم تمكن العاص من العين مع اعطاء بدلها ؟ .
- ٢٢١ ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقيه ؟ .
- ٢٢٢ بحث في اسباب الضمان ، وانها امور اربعة .
- ٢٢٤ بحث في حق الاختصاص ووجه تبوته .
- ٢٢٩ ماهو حكم لمغصوب ادا خرج عن صورتها النوعية ، ثم رجع اليها ؟ .
- ٢٣٥ ماهو حكم حق الاختصاص بعد اداء البذل ؟ .
- ٢٣٩ هل يعود البذل الى العاص بعد تمكنه من البذل ؟ .
- ٢٣٣ ختام البحث في بدل الحيلولة .

## مباحث تصرفات الصبي

الصفحة

- ٢٣٤ هل الأقوال حول تصرفات الصبي .
- ٢٣٥ بحث في اسلام الصبي .
- ٢٤١ هل تصح عبادات الصبي ؟ .
- ٢٤٤ بحث في تصرفات الصبي مستقلا .
- ٢٤٧ هل يجوز تصرف الصبي مستعلا بدين الولى ؟ .
- ٢٤٧ هل يجوز مباينة الصبي احراء المفقود ؟ .
- ٢٤٧ القول بان الصبي مسلوب العارية لمدة من الروايات .
- ٢٤٨ منها ما دل على انه لا يعد امر الصبي ، والجواب عنه .
- ٢٥٠ ومنها ما دل على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ، والجواب عنه .
- ٢٥١ ومنها ما دل على ان عهد الصبي وحظه واحد ، والجواب عنه .
- ٢٥٦ بحث في دليل رواية ابي البحري ، وهو قوله ( ع ) وقد رفع عنها القبر .
- ٢٥٨ هل يجوز كون الصبي وكيلاً عن غيره في عقد او ائتماع ؟ .
- ٢٦١ هل يؤخذ الصبي بانثاقه مال الغير ؟ .
- ٢٦٢ هل ترتفع تمبركات الصبي بحديث الرفع ؟ .
- ٢٦٣ بحث فيما يصدر من الصبي من الأفعال التي يصير فيها بعد المعامل .
- ٢٦٤ هل يصح قبض الصبي ؟ .
- ٢٦٦ هل تنفذ وصية الصبي ؟ .
- ٢٦٧ هل يبيع قول الصبي في الاداء مدحون الدر ؟ .
- ٢٦٨ هل تنفذ معاملات الصبي في المحضرات ؟ .

- ٢٧١ هل يصح طلاق العبي المميز .  
 ٢٧٤ هل يصح طلاق الملام الناح عشر سبع د. اقر بذلك وامضاء بعد البلوغ

## مباحث اعتبار القصد في صحة العقد

- ٢٧٥ هل يعتبر في صحة العقد القصد الى مدلوله .  
 ٢٧٦ هل يعتبر تعيين المالك في صحة العقد .  
 ٢٧٨ هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد .  
 ٢٧٩ يقع البحث هـ في جهات الجهة الاولى ا هـ اذا كان من له العقد مقصوداً للمنافقين فالظاهر ان يحكم بصحة العقد .  
 ٢٧٩ الجهة الثانية ان يقصد اموح وقوع العقد لشخص خاص وقصد القابل وقوعه لغيره والظاهر ان يحكم بطلانه .  
 ٢٨٠ الجهة الثالثة هل يجوز توجيه الالة الى مخاطب وقول مخاطب لغيره مع عدم علم الموجب بذلك .

## مباحث عقد المكر

- ٢٨١ بحث في عقد المكر .  
 ٢٨٣ هل المكر قاصد الى اللفظ دون المعنى .  
 ٢٨٤ الوجود التي ذكرها لأصحاب لتوجيه مبي المسالك من ان المكر والفصولي قاصدان الى اللفظ لا الى مدلوله .  
 ٢٨٧ الوجود التي استند بها على بطلان بيع المكر .  
 ٢٨٧ منها الإجماع ، ومنها آية التجارة عن تراص .



## الصفحة

- ٢٨٩ المراد من الرضاء في الآية هو طيب النفس ، لا الفصد والارادة .
- ٢٩١ ومنها ما دل على حرمه التصرف في مال غيره الا بطيب نفسه .
- ٢٩١ ومنها ما دل على بطلان طلاق المسكر . وعتاقه .
- ٢٩١ ومنها ما دل على رفع الاكراه في الشريعة المقدسة .
- ٢٩٣ ماهو حكم المعاملة الصادرة من المضطر .
- ٢٩٣ ماهو حكم المعاملة الصادرة من اذكره محقق .
- ٢٩٥ هل يعتبر في الاكراه وجود حامل على اذكره عليه .
- ٢٩٧ هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد من الامر .
- ٢٩٨ هل يعتبر في تحقق الاكراه العلم بوقت الضرر على ترك اذكره عليه .
- ٣٠٠ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التعمي عن الضرر .
- ٣٠٠ بحث في حقيقة التورية .
- ٣٠١ التورية تتحقق في الامان كتخصمها في الأقوال .
- ٣٠٢ تفصيل المصنف بين المعاملات وغيرها ، حيث اعتبر المعجر عن التعمي في حقيقة الاكراه في الثاني دون الأول ، والحواب عنه .
- ٣٠٤ تفصيل المصنف بين المعجر عن التعمي التورية وغيرها حيث اعتبر الثاني في مفهوم الاكراه دون الأول ، والحواب عنه .
- ٣٠٨ بحث في الاكراه على احد الأمرين المرصيين .
- ٣١٠ الاكراه على احد الأمرين مع كونهما محرمين .
- ٣١١ الاكراه على احد الأمرين مع كونه كليهما عقداً او ايقاعاً .
- ٣١٢ الاكراه على احد العقلين مع كونه احدهما مباحاً والآخر معاملة .
- ٣١٣ الاكراه على احد الأمرين مع كونه احدهما معاملة والآخر حراماً .











32101 061871156